

CAPÍTULO III

Discordancia jurídica sobre un tema ambiental en Colombia. La naturaleza como sujeto de derechos y las tasas retributivas

John Reymon Rúa Castaño*

* Abogado, Magister en Derecho procesal y Doctor en Derecho (UDEM) Especialista en Derecho Administrativo, y docente de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Medellín.

Introducción

Las discordancias involucran inconsistencias lógicas del sistema o no ausencia de posibles contradicciones, antinomias, posibles situaciones de dilemas morales (Martínez Zorrilla, 2007, págs. 86, 89). La ley 99/93 **“por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”**, en su artículo 42 permite el **pago de tasas retributiva y compensatorias** por la utilización directa o indirecta de la atmósfera, el agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas. De otro lado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-622/16, que al referirse al río Atrato, señaló al Río Atrato como, su cuenca y afluentes **como una entidad sujeto de derechos** a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, e hizo énfasis en los derechos bioculturales, entendidos como la interdependencia entre la naturaleza y la especie humana. Este texto, pretende poner un signo de interrogación sobre la coherencia y la completitud del sistema jurídico colombiano, en lo referente a las normas legales que regulan los vertidos y las emisiones de las industrias.

Lo literal del primer inciso del art. 42 y del art. 43 de la Ley 99/93

Artículo 42. Tasas retributivas y compensatorias. La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas.

También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables. Queda así subrogado el artículo 18 del Decreto número 2811 de 1974.

Artículo 43°.- Tasas por Utilización de Aguas. La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas.

El sistema y método establecidos por el artículo precedente para la definición de los costos sobre cuya base se calcularán y fijarán las tasas retributivas y compensatorias, se aplicarán al procedimiento de fijación de la tasa de que trata el presente artículo.

Parágrafo.- Reglamentado por el Decreto Nacional 1900 de 2006, Modificado por el art. 216, Ley 1450 de 2011. Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, deberá destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El propietario del proyecto deberá invertir este 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determinen en la licencia ambiental del proyecto. Declarado exequible por la Sentencia C-220 del 29 de marzo 2011, únicamente frente a los cargos examinados en ella.

Parágrafo 2. Adicionado por el art. 108, Ley 1151 de 2007, Modificado por el art. 216, Ley 1450 de 2011.

Parágrafo 3. Adicionado por el art. 216, Ley 1450 de 2011

Es permisible advertir que dichas tasas, hacen parte de las rentas de las Corporaciones autónomas regionales, como se desprende del Título VII de la ley, donde están ubicadas las disposiciones.

Control de constitucionalidad del art. 42 de la Ley 99/1993

El referido artículo 42, fue declarado exequible parcialmente, por la sentencia C-449/15, en sus incisos 2° y 3°. Pero respecto al inciso primero, que permite el pago de las tasas retributivas y compensato-



rias, la Corte no se pronunció por no ser objeto de la Acción. En su *ratio*, planteó:

“En materia del servicio público de saneamiento ambiental, se ha determinado que los niveles permisibles **de contaminación deben establecerse anticipada y científicamente, conforme con los niveles de resiliencia del ecosistema, cuyos estándares han de actualizarse periódicamente, y siguiendo los principios rectores de prevención y precaución. La incidencia que tiene el daño ambiental, hace que el margen de lo tolerable deba** disminuirse, fijándose cada vez de manera más rigurosa, empleando mecanismos eficaces para establecer si los niveles de contaminación se han reducido, y obligando al empleo de tecnologías amigables o más limpias, bajo la aplicación del principio *in dubio pro ambiens*.

Igualmente, afirmó:

“No es cierto que los *límites tolerados* no produzcan efectos nocivos para con la naturaleza y el entorno ecológico. Ha de notarse que el concepto de contaminación ambiental no parte de que se lesione o dañe el medio ambiente, sino que tenga la potencialidad de interferir en los recursos naturales o el bienestar de los seres humanos. Es indispensable que la humanidad avance en la implantación de *nuevos objetivos* que impliquen el establecimiento de regulaciones y políticas públicas serias, oportunas y rigurosas que hagan posible respecto de cualquier actividad humana, aproximarnos al concepto de impacto ambiental cero (Subrayas extratexto)

Discordancia entre el legalismo y el constitucionalismo

En noviembre 10 de 2016, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional colombiano, en decisión de tutela incoada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros., reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración y conminó al gobierno nacional para que ejerza la tutoría y representación legal del río.

Para la Corte el acervo probatorio de la Sentencia T-622/16, permitió evidenciar: a) vulneración del derecho al agua como fuente hídrica, b) que el nuevo enfoque jurídico denominado **derechos bioculturales** cuya consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos, c) la inobjetable decisión, de que “ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas para proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no solo para las futuras generaciones sino para la especie humana”, agrega que, el proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente, al reconocer su papel dentro del círculo de la vida y de la evolución desde una perspectiva *ecocéntrica*; la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos, y, d) que diferentes instrumentos internacionales, suscritos por Colombia¹, predicen la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos.

Para fundamentar la discordancia que se presenta, es necesario recordar, que la doctrina ha expresado que el legalismo, se ha preocupado por la autonomía del legislador, *contrario sensu*, el constitucionalismo crea una red de vínculos jurídicos que envuelve en forma total a la legislación. Esto se traduce en que el legislador debe resignarse a ver sus leyes, tratadas como “simples partes” del Derecho y no como “todo el Derecho” (Zagrebel'sky, 1999). El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que es el objeto del cuidado de todos (Zagrebel'sky, 1999).

Dado que, atmosfera, el agua y el suelo, no constituyen fuentes inagotables ni indestructibles, y ante lo que parece ser una evidente discordancia, entre la sentencia T-622 de 2016, toda vez que la Corte Constitucional, introduce el concepto de derechos bioculturales, que implica un cambio de mentalidad respecto a conferir derechos a la naturaleza y el entorno humano, y el primer inciso del artículo 42 de la Ley 99/93, que autoriza el pago de tasas compensatorias o retributivas por la utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas se hace necesario colmar esa

1 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003)

zona de penumbra, con diversas opciones: Presentar una Acción de inconstitucionalidad, por razones diferentes y contra el primer inciso del art. 42, toda vez que la demanda resuelta con la sentencia C-449/15, se pronunció solamente respecto a otros incisos, como el 3 y 4. O, buscar que se presente un proyecto de ley que derogue los artículos 42 y 43 de la Ley 99/83, proyecto que no cercenaría *incontinenti*, una de las fuentes de recursos de las Corporaciones Autónomas Regionales. Sino que buscaría romper ese paradigma según el cual “quien contamina, paga”.

Es claro que la existencia de zonas de penumbra en el Derecho no permite admitir el trabajo judicial de la Corte Constitucional como algo no valorativo, pero ello no se traduce en que ese trabajo judicial no esté precedido por el sometimiento al Derecho. Incluso el principal representante de los defensores de la interpretación valorista, Ronald Dworkin, plantea que la supremacía legislativa es otra restricción institucional y que si un juez cree que un estatuto es incoherente con el derecho, puede considerar que la legislatura tiene el deber de reparar esa incoherencia con otra legislación; en primer lugar, por sentido de justicia y en segundo lugar, porque la legislatura es también un guardián de la integridad. Es decir, el juez debe someterse a las restricciones que le impone el Derecho y que cualquier buena interpretación de la práctica legal debe reconocer las restricciones institucionales (Dworkin, 1992, pág. 282).

Las opciones planteadas, lo que buscan es corroborar que garantizar es dar garantía, ofrecer confianza y no generar con algunas situaciones, una incertidumbre social, por las posibles contradicciones entre la normativa vigente y una sentencia y los principios de razonabilidad y coherencia, que cuestionen la seguridad jurídica y la certeza que deben estar aparejadas. Por discordancias, la doctrina ha entendido las antinomias en concreto que no se pueden resolver con los criterios básicos de solución de antinomias, como: la jerarquía, la cronología y la especialidad, y que implican abandonar el razonamiento subsuntivo para resolver dichos conflictos normativos en favor de la razonabilidad jurídica (Baquerizo Minuche, 2013). Además de un sistema jurídico coherente, debe lograrse que este sea razonable. El intérprete no puede soslayar dos principios fundamentales en toda interpretación: La Razonabilidad y la Coherencia.

La Razonabilidad implica que el cumplimiento del propósito de promover y proteger al ciudadano no puede provenir de evidentes inconsistencias del razonamiento que llevan al órgano judicial a individualizar una regla general como norma de decisión (Jiménez Campo, 1998, pág. 195). La Razonabilidad de las decisiones con los contenidos normativos de la Carta Política, busca proteger a la comunidad de los excesos o abusos de poder que se deriven del uso indiscriminado de la facultad interpretativa atribuida a la Corte Constitucional. Esa facultad debe guardar proporcionalidad con los fines buscados por las normas positivadas en la Constitución y compartir un carácter de legitimación social. Que avale el carácter democrático de las sentencia de la Corte, especialmente, en sede de tutela. En otros términos, la Razonabilidad conlleva a que la finalidad de la decisión sea admisible desde la óptica de los valores y principios que la Constitución proclama desde su expedición por la Asamblea Nacional Constituyente. La Razonabilidad se traduce en que una decisión judicial debe estar conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. A diferencia del concepto “racionalidad” que expresa el ejercicio de la razón humana como regla y medida de los actos humanos (Quiroga Natale, 2011, pág. 52). En su sentido más genérico, la razonabilidad marca el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable. La necesidad de ser razonable se plantea cuando en relación con un tema puede existir, en principio, un margen para decidir de una u otra manera, pero para seleccionar la opción definitiva no se pueden cometer errores inferenciales o dejar de utilizar el sistema de fuentes establecido para recurrir a cánones interpretativos extravagantes o que resulten incoherentes con otra interpretación que se haya hecho de los valores del ordenamiento.

Es irrazonable insistir en la necesidad de interpretar en sentido literal una norma, si el tenor literal de la misma no impide otra interpretación que evite vulnerar un valor de considerable importancia. Ergo, la razonabilidad viene a ser la eficiencia entendida como el adecuado balance entre costos y beneficios al momento de tomar una decisión. Esto es coincidente con la teoría de Alexy, que entiende por principio de proporcionalidad el más elemental y básico del razonamiento jurídico y que a su vez se subdivide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad, ponderación, como razonabilidad en sentido estricto. La noción de razonabilidad implica otro factor, la Aceptabilidad entendida como la decisión que logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y evita que el discurso de justifi-



cación llegue a niveles muy profundos que afecten los valores más fundamentales y sea más difícil obtener un consenso (Atienza, 2013, pág. 564). La razonabilidad es uno de los criterios que avalan la tesis de la objetividad del ordenamiento jurídico, junto con la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, la moral social y la moral justificada. La razonabilidad pretende evitar razonamientos judiciales excesivamente indeterminados. Como quiera que el criterio de razonabilidad no es usado con un criterio unívoco y constante dentro de la multiplicidad de conceptos, es permisible destacar dos: la Razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad; la Razonabilidad, como interdicción de la arbitrariedad.

En el primer caso, una decisión es estrictamente racional cuando: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva, 2) si respeta los principios de la racionalidad práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad), 3) si encuentra fundamento en una fuente jurídica, 4) si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos en el ordenamiento jurídico (Atienza, 1987, pág. 193). De acuerdo con Atienza, Bernal Pulido afirma que una decisión es razonable cuando la decisión es admisible por la comunidad. Respecto al segundo concepto, que es más restringido, una decisión razonable, es una decisión no arbitraria, que se traduce en la que se fundamenta en una razón jurídica legítima. La decisión será irrazonable cuando carezca de fundamento y no tiende a realizar objetivos jurídicamente relevantes. En la sentencia T-230/94 la Corte Constitucional plantea que la lógica de lo razonable es la lógica de la prudencia que se deriva de la experiencia.

Todo lo anterior deja claro que así como la moral social está incorporada explícitamente a las normas jurídicas, los jueces deberían decidir a favor de la moral social o como mínimo seguir las pautas trazadas por la moral social para que la decisión tomada goce de la receptividad esperada por el consenso social. Los criterios socialmente mayoritarios están más vinculados con la idea de democracia. La admisibilidad por la comunidad, presenta diferentes obstáculos:

- No es fácil saber cuál es la opinión mayoritaria respecto a un tema en particular.
- No puede desconocerse la probabilidad de que esas opiniones mayoritarias sean prejuicios que contraríen los propios valores del ordenamiento.

- El elemento democrático, no se fundamenta en criterios objetivos y más aún, cuando estos se derivan del consenso moral.
- El código moral implícito en toda Constitución, no puede interpretarse como la existencia de una moral preestablecida (Atienza, 2013).

En lo referente al concepto de coherencia, es un criterio que sirve como garantía de la tesis de la objetividad del razonamiento jurídico. Todo el derecho de un país, es una estructura sistemática, lo que deviene en coherente y esa coherencia supone que el intérprete no puede validar conductas con una interpretación generadora de incompatibilidades con el texto constitucional. La tarea del intérprete, es eliminar las contradicciones que pueda tener el ordenamiento normativo, para conservar el principio de coherencia. Si bien es cierto, para que haya una antinomia jurídica es indispensable que el intérprete se encuentre con dos normas que tengan idéntico ámbito de validez material, temporal, la solución que entregue debe garantizar la congruencia de la solución con las normas constitucionales.

En lo referente a las opciones propuestas, la acción de inexequibilidad planteada, sólo tendría como soporte argumentativo, lo expuesto en la Sentencia T-622/16, respecto a un río colombiano, como **como una entidad sujeto de derechos** y al referido nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Y es conocida la postura de la Corte Constitucional colombiana, respecto al alcance de las sentencias de tutela. Como precedente jurisprudencial, la discusión al interior de la Corte no ha sido pacífica y diversas decisiones han arrojado conclusiones disímiles, por lo que esos criterios diversos, no augurarán prosperidad en la citada pretensión. Como ejemplo, se presenta un resumen, que sobre la fuerza vinculante de las sentencias de Tutela, hace la Corte Constitucional, en la sentencia C-621 de 2015

3.7.3. En cuanto a las Sentencias de tutela, los pronunciamientos sobre la obligatoriedad del precedente se dan a partir del año 1995, con las sentencias T-123 y T-260 de ese año. En la primera la Corte se refirió a que las sentencias “sirven como criterio que auxiliar de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada



el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de la igualdad” pero será en la segunda donde por primera vez se refiera al valor de la jurisprudencia en términos de doctrina constitucional:

Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contenciosa administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar (Corte Constitucional, Sentencia T-260, 1995).

3.7.4. Pocos años más tarde, en la Sentencia T-566 de 1998, la Corte reitera el precedente de las sentencias antes referidas y va más allá, pues se pronuncia de forma aún más directa sobre el valor del precedente judicial en materia de tutelas dándole la connotación propia del *case law*, no solo por referirse explícitamente a la importancia de la identidad de los hechos sino por mencionar el valor de la jurisprudencia respecto de la administración así:

[E]sta Corporación ya ha precisado en distintas ocasiones que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia, y que los jueces que consideren pertinente apartarse de la doctrina fijada en esas providencias, en uso de su autonomía funcional, deben argumentar y justificar debidamente su posición. De lo contrario, es decir si cada juez pudiera fallar como lo deseara y sin tener que fundamentar su posición, se vulneraría abiertamente los derechos de los ciudadanos a la igualdad y de acceso a la justicia. El primero, porque la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez. Y el segundo, en la medida en que las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas.

Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.

3.7.5. Con posterioridad a ello, y como bien lo indica la Sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional ha señalado repetidamente, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional.

3.7.6. En la sentencia T-439 de 2000, la Corte precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Se percibe con mayor vocación de prosperidad, en la propuesta de derogar los arts. 42 y 43 de la Ley 99/93, y demás normas contrarias, que en la de incoar una acción de inconstitucionalidad soportada en una decisión T. de la Corte, ya que la inexistencia de univocidad respecto al tema de la fuerza vinculante de las sentencias de tutela, no ofrece la seguridad jurídica de que la Corte no varíe su criterio.

El texto del proyecto de ley y su exposición de motivos, sería del siguiente tenor:

PROYECTO DE LEY NÚMERO XXXX DE 2017 SENADO

Por medio del cual se derogan los artículos 42 y 43, la Ley 99 de 1993
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO I

OBJETO Y PRINCIPIOS

Artículo 1° Principios. Los principios inspiradores de la presente ley son la prevención, y restauración del deterioro ambiental, la protección a los residentes en el país, el respeto de la dignidad humana, y en la prevalencia del interés general.



Artículo 2° Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano y la protección del ambiente, removiendo normativa que puede generar daños al aire, al suelo o al agua, como las tasas retributivas y compensatorias que pagan las industrias por la utilización directa o indirecta de la atmósfera, el agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio

Artículo 3° Deróguense los artículo 42 y 43 de la Ley 99 de 1993. En tal sentido, como rentas de las CAR y para sustituir los ingresos dejados de percibir por concepto de tasas retributivas y compensatorias, autorízase a los municipios y ESPD, de la jurisdicción de la respectiva CAR, para fijar los aportes que destinarán a las Corporaciones Autónomas Regionales con jurisdicción en su ente territorial, de acuerdo a su categoría.

Parágrafo único. Las Corporaciones Autónomas Regionales o los entes que cumplan sus funciones, mensualmente deberán informar a la comunidad de su jurisdicción, las actividades ejecutadas en pro de la defensa de los derechos bioculturales. Y de la ecoeficiencia de las entidades vigiladas.

Artículo 4° Vigencia y derogatoria. La presente ley, rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le fueren contrarias.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano y la protección del ambiente, removiendo normativa que puede generar daños al aire, al suelo o al agua, como las tasas retributivas y compensatorias que pagan las industrias por la utilización directa o indirecta de la atmósfera, el agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias

nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio

B. Antecedentes. En la sentencia, C-449 de 2015, la Corte Constitucional hace referencia al concepto de “costos sociales y ambientales del daño y costos de recuperación del recurso afectado”. Esta providencia expresa que, se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Y por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes. Para la Academia, los costos ambientales, son aquellos en los que se incurre, debido a que existe o a que puede existir una calidad ambiental deficiente. Estos costos están asociados con la creación, la detección, el remedio y la prevención de la degradación ambiental (Uribe Marin, 2014).

C. Justificación. Históricamente, las empresas han liberado con frecuencia contaminantes a la atmósfera y en el agua sin hacer frente al costo total de tales actividades. Muchas personas consideran que quienes contaminan deberían absorber la totalidad del costo de cualquier daño ambiental ocasionado por la producción de bienes y servicios. Al absorber la totalidad del costo, las empresas pueden entonces buscar métodos de producción más ecoeficientes (Mowen, pág. 695). El término ecoeficiente, se refiere a la habilidad para producir bienes y servicios a precios competitivos que satisfagan las necesidades de los clientes, y que de manera simultánea reduzca los impactos ambientales negativos, el consumo de los recursos y los costos (Mowen, pág. 696). Un exitoso desarrollo económico, depende de un uso racional de los recursos ambientales, lo que deriva en una evaluación clara de la relación costo-beneficio, después de evaluar el impacto ambiental. El valor de la producción económica-industrial, no puede verse solamente en términos económicos, sino por los efectos indirectos en el bienestar de las personas. Las externalidades negativas que se ocasionan a la comunidad, por ejemplo en la calidad del aire que respira, no pueden compensarse o retribuirse con un pago que las empresas contaminantes destinan para las Corporaciones Autónomas regionales, mientras que los habitantes, que el Estado debe proteger en su vida, honra y bienes como lo dispone nuestra Constitución Política, sufren graves enfermedades como producto de

que las industrias arrojen desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas al medio ambiente. Mientras nuestro sistema jurídico autorice las tasas retributivas y compensatorias, la industria contaminante de nuestros recursos naturales, no buscará métodos de producción más ecoeficientes.

Un ejemplo puntual y reciente es el de la ciudad de Medellín, que a pesar de que Medellín es considerada la ciudad del país con el mejor sistema de transporte público, sostenible con el medioambiente, en la atmósfera se advierte una nube de color plomizo, gris, que cubre las montañas e impregna de negro las fachadas de los edificios y los pulmones de quienes la respiran (Morales Escobar, 2016). El miércoles 22 de marzo de 2017, se decretó finalmente una alerta roja por la contaminación del aire en el valle de Aburrá, ahora, las medidas para enfrentar la contingencia ambiental son restrictivas.

La decisión se tomó luego de varias semanas en alertas naranjas intermitentes debido a los malos índices de calidad del aire (ICA) que mostraban las estaciones de monitoreo del aire (El Tiempo. Redacción Medellín, 2017). En el momento, la norma colombiana sobre las concentraciones permitidas de agentes peligrosos como el PM 2,5 en el aire es la mitad de estricta que la de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (El Tiempo. Medellín, 2017). **Los riesgos para la salud son tan graves como ocho muertes diarias en Medellín por causas asociadas a la contaminación ambiental**, según un estudio de Elkin Martínez, epidemiólogo de la Universidad de Antioquia, quien hace 10 años lideró el informe de efectos sobre la salud de la contaminación atmosférica de Área Metropolitana (El Tiempo. Medellín, 2017). Por tanto, nuestra obligación como congresistas nos exige unas actuaciones preventivas, que no permitan hacerle esguince a la obligación que nos impone el art. 133 constitucional de tomar decisiones consultando la justicia y el bien común. Además son deberes de toda persona y del ciudadano:

Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; entre otros, como el de Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Señor secretario,
XXXXXXXXXX
Senadora

Apuntes conclusivos

La sentencia T-622/16, al reconocer al Río Atrato como una entidad sujeto de derechos, supera el moderno desafío del constitucionalismo en materia ambiental, desafió consistente en lograr la protección efectiva de la naturaleza y de todas las formas de vida asociadas a ella, e igualmente, consideró que el Estado debía adoptar unos enfoques integrales sobre la conservación del medio ambiente, que tengan en cuenta la relación de unidad e interdependencia entre la naturaleza y la especie humana.

Por lo anterior, se infiere, que permitir el pago de tasas retributivas y compensatorias hace que la justicia con la naturaleza no sea plena, toda vez que el Estado, por medio de unos artículos (42 y 43) de la Ley 99/93 se autolimita en su obligación de garantizar el respeto y la protección integral del medio ambiente. Y como lo decide la Corte Constitucional, los recursos naturales, no pueden representar una simple utilidad material o productiva para el ser humano, sino que al ser un sujeto de derechos individualizables, deben gozar de una especial protección, por ser la naturaleza un sujeto en situación de deterioro. Ese precio del deterioro o del eventual daño, pagado por quien se beneficie del servicio, es contrario a las nuevas directrices dadas por la Corte.

La sentencia C-495/96, al revisar la constitucionalidad de los referidos arts. 42 y 43 de la Ley 99/93, expresó:

En las tasas retributivas el hecho generador lo constituye la utilización de la atmósfera, el agua o el suelo para introducir o arrojar desechos u otras sustancias, con un efecto nocivo; por tanto sólo deben pagarlas las personas que utilizan tales recursos, para depositar desechos siempre que se cause un efecto nocivo, definido técnicamente. En el mundo moderno, la prestación de este servicio recepción de desechos, implica costos que alguien debe pagar, porque en casi todos los casos afectan a la sociedad; por tanto, es claro que al Estado le corresponde cobrar estos costos a través de tasas.

En la sentencia T-253/93, la Corte Constitucional, recordó que la primera responsabilidad de quien asume una actividad contaminante, es establecer mecanismos más adecuados y eficaces para reducir o suprimir al mínimo tolerable, los efectos nocivos que se derivan de la actividad. Otra de las inquietudes que se plantean en este tema, es el de la valoración de los costos ambientales y cabe cuestionarse: ¿Será la metodología costo-beneficio la forma adecuada para valorar la cuantificación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales renovables?

O será permisible plantear que ante la existencia de un conflicto entre dos derechos fundamentales, garantizados por la Constitución Política colombiana, el “desarrollo sostenible”², y el “goce de un ambiente sano”³, el operador jurídico encargado de calcular el “costo-beneficio” se encuentra ante una suerte de ponderación para calcular el peso específico de cada derecho en conflicto y no tiene en cuenta que para solucionar este conflicto, la misma Carta Política le ofrece la solución en el artículo 95, numeral 8, que impone como un deber a toda persona y ciudadano, el proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano, solución jurídica y efectiva para que no entren en juego factores exógenos como la importancia de la carga impositiva que una empresa contaminante le tributa a un ente territorial o a una misma Corporación Autónoma Regional, vía tasas, Corporaciones que son las llamadas por ley a ejecutar las políticas, planes, funciones y proyectos sobre el medio ambiente (Artículo 31, Ley 99/93).

La doble calidad de las Corporaciones autónomas regionales, de ser juez y parte, es totalmente inconveniente para cumplir, aplicar y desarrollar el principio de precaución o prevención, ya que el Derecho ambiental es esencialmente preventivo, porque son necesarias accio-

-
- 2 **Artículo 80.** El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.
 - 3 **Artículo 79.** Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

nes que se anticipan a prevenir cualquier tipo de desorden ambiental, en lugar de limitarse a verificar, e intentar *a posteriori* reparar los daños ambientales (Jaquenod de Zsögön, 1991, pág. 352).

Las CAR (Corporaciones Autónomas regionales), son parte, porque los recursos pagados por esas tasas retributivas hacen parte de sus rentas por disposición legal; y son jueces, porque son las entidades encargadas de tener el control sobre el medio ambiente (Constitución Política, Art. 317) y tienen facultad sancionatoria y fijan el monto de las tasas ambientales con base en las tarifas mínimas establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente. Para evitar este eventual conflicto de intereses, es recomendable sustituir las tasas retributivas y compensatorias como una de las fuentes rentísticas de las CAR. Será menos problemático, sustituir dicha renta, permitiendo a los municipios de la jurisdicción de la respectiva CAR, para fijar los aportes que destinarán las Corporaciones Autónomas Regionales con jurisdicción en su ente territorial, de acuerdo a su categoría, según lo que establezca en los Estatutos la asamblea corporativa, que es el principal órgano de dirección de la corporación.

Ese círculo vicioso creado por el sistema y la referida sentencia de tutela de 2016, de la H. Corte Constitucional, imponen repensar en este punto, el Derecho ambiental colombiano, porque no es lógico, ni coherente que la naturaleza, reconocida como un sujeto de derechos, se vea desplazada por el mismo Estado, que prioriza el principio de que “quien contamina paga de los arts. 42 y 43 de la Ley 99/93. En este punto, se hace necesario advertir que la figura “diagnóstico ambiental de alternativas”, figura que permite estudiar de cuántas maneras se puede desarrollar un proyecto para escoger la que menor impacto produzca en el ambiente (González Villa, 2006, pág. 355), pareciera subutilizada, por la cantidad de vertimientos al aire y al agua. Esta investigación se hizo *in genere* y no en lo referente a los vertimientos puntuales, como los regulados para el recurso hídrico, regulados por el Decreto 2667/12 y que establece que los recursos provenientes del recaudo de la tasa retributiva por vertimientos al recurso hídrico, se destinarán principalmente a proyectos de inversión en descontaminación hídrica y en monitoreo de la calidad del agua. Hay vertimientos puntuales, por los que cobran las CAR, a las Empresas de Servicios públicos domiciliarios, que están cubriendo un servicio público de saneamiento básico, indispensable para la vida en comunidad. Más aún, cuando La Ley 142, en el artículo



164, inciso 2° establece claramente que las empresas de servicios del sector de agua potable y saneamiento básico... pagarán las tasas a que haya lugar... por el vertimiento de efluentes líquidos que fije la autoridad competente de acuerdo con la ley...Y define en el artículo 14 numeral 14.23. El servicio público domiciliario de alcantarillado como “la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos por medio de tuberías y conductos. También se aplicara esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos” Las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios (ESP) cobran el tratamiento de las aguas residuales tanto domésticas como industriales, en este orden de ideas, se están trasladando unos costos a los usuarios pero realmente la responsabilidad de descontaminar no la tienen los usuarios sino las empresa prestadora del servicio público de alcantarillado (Consejo de Estado, Sentencia 2002-04801 de 26 de abril de 2013)

El cuestionamiento que aquí se hace, va dirigido a que el retorno de esa tasa debe ser más visible, más eficiente, en términos de remoción de las consecuencias nocivas de los vertimientos, mitigación del daño ambiental, políticas de saneamiento, y en la necesidad de exigir procesos de producción eco amigables y limpios. Como se plantea en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado, mientras el sistema jurídico nacional, autorice las tasas retributivas y compensatorias, la industria contaminante de nuestros recursos naturales, no buscará métodos de producción más ecoeficientes.

Es necesario argumentar que el principal dilema del Estado Social de Derecho a resolver es: igualdad o libertad y se soporta sobre el valor supremo de la dignidad. El Estado social de derecho busca que los derechos fundamentales y la justicia social tengan una efectividad real. El derecho a la vida está consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política como el primero de los derechos fundamentales. La salud, cuando está conexas con el derecho fundamental a la vida, se convierte en fundamental, además de su atención es uno de los fines esenciales del Estado, y su atención es un servicio público a cargo de éste (Corte Constitucional, Sentencia T-775, 2002)

Vista, la evolución jurisprudencial sobre la fuerza vinculante de las sentencias de tutela en Colombia, en el sentido de que sí sirve como criterio orientador para las decisiones de los jueces, queda latente la posibilidad de que cualquier ciudadano pida que se aplique la excep-

ción de inconstitucionalidad⁴, es decir que se inaplique los artículos 42 y 43 de la Ley 99/93, buscando la tutela de un sujeto de derechos, conocido como “medio Ambiente. Además, el art. 69 de la Ley 99/93, autoriza la intervención de cualquier ciudadano para intervenir en los procesos administrativos ambientales, sin necesidad de demostrar interés alguno, así:

Artículo 69. Del derecho a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales.

Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.

El debate queda abierto, para repensar los derechos bioculturales, como parte del proceso de adopción del enfoque integral sobre conservación de la naturaleza y su interdependencia con la especie humana. Esto conlleva a que el principio “el que contamina paga” debe dejar de aplicarse como un paradigma del Derecho ambiental, y modificarse por: “El Desarrollo sostenible no se logra contaminando. Si una tasa, es la contraprestación que se cobra a un particular en el evento de que decida utilizar el servicio público y el Estado está obligado a prestar el servicio público del saneamiento ambiental, debe el Estado, antes que todo, garantizar un ambiente sano, íntimamente ligado a la vida humana, y no entregar el aire, los recursos hídricos y la naturaleza, bien común de la actual y de las futuras generaciones, para garantizar otros intereses, por encima de la vida, y obviamente, debe evitar vulnerar los derechos de un nuevo sujeto: LA NATURALEZA.

La causa final del Estado, es el bien común, es la causa de las demás causas de la comunidad política (Santiago, 2002, pág. 34). No en vano, la cumbre de Río de Janeiro de 2012, Cumbre de la tierra, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo sosten-

4 Artículo 4º de la Carta Política, según el cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales



nible Río+20, declaró en su punto 39)⁴, su compromiso con la Madre tierra y la promoción de la armonía con la naturaleza. A este último compromiso, tiende la ya referida sentencia T-622/16, que coloca un gran signo de interrogación sobre el valor de lo más fácil: pagar por contaminar. En 1770, Oliver Goldsmith, en su libro “deserted village” (la aldea abandonada), afirmó: “mal le va al país, presa de inminentes males, cuando la riqueza se acumula y los hombres decaen”. A eso, debe aspirar la raza humana, a no decaer en el cuidado de su planeta.

Bibliografía

Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de lo razonable. Obtenido de Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho No 4: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/para-una-razonable-definicion-de-razonable/>

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Baquerizo Minuche, J. (2013). Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación. (E. U. Guayaquil, Ed.) Obtenido de Revista Jurídica Online: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/03/03/colision-de-derechos-fundamentales-y-juicio-de-ponderacion>

Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

El Tiempo. Medellín. (16 de marzo de 2017). Fortalecerán norma colombiana sobre la calidad del aire. Obtenido de El Ministro de Ambiente habló con autoridades locales sobre la contaminación ambiental en Medellín: <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/normas-sobre-calidad-del-aire-en-colombia-67798>

El Tiempo. Redacción Medellín. (23 de marzo de 2017). Las 5 claves de la alerta roja por la contaminación del aire paisa. Por ejemplo, el

4 “Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza”.

parque automotor de la ciudad creció más del 300 por ciento en la última década. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/las-cinco-claves-de-la-contaminacion-ambiental-en-medellin-70612>

González Villa, J. E. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jaquenod de Zsögön, S. (1991). *El Derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Ed. Dykinson.

Jiménez Campo, J. (1998). Sobre la cuestión de constitucionalidad. En F. Rubio Llorente, & J. Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción Constitucional*. Madrid: Editorial McGraw Hill, Colección Ciencias Jurídicas.

Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.

Morales Escobar, P. (6 de abril de 2016). Pese a tener metro y tranvía, Medellín sufre por la contaminación. El gran parque automotor de la capital paisa es uno de los principales factores. Obtenido de El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16555834>

Mowen, H. (s.f.). Costos ambientales, medición y control. México: Thomson (ed). *Administración de Costos, Contabilidad y Control*.

Quiroga Natale, E. A. (2011). *Proporcionalidad y ponderación en la sentencia constitucional*. Tunja : Universidad pedagógica y tecnológica de Colombia.

Santiago, A. (2002). *Bien común y Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Uribe Marin, R. (2014). Notas de clase, Enfoques Tradicionales del Costo. Obtenido de <http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/Nota%20de%20Clase%2014%20Costos%20Ambientales.pdf>

Zagrebelsky, G. (1999). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta



Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-253 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-439 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia T-775 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Consejo de Estado, Sentencia 2002-04801 de 26 de abril de 2013

Legislación

Congreso de Colombia, Ley 99 de 1993

Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Decreto 2667 de 2012