

LECTURAS SOBRE DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

MARÍA DEL PILAR
GARCÍA PACHÓN
(ed.)

LECTURAS SOBRE
DERECHO DEL
MEDIO AMBIENTE

TOMO XVII

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Tomo XVII / Juan Sebastián Bermúdez Garzón [y otros] ; María del Pilar García Pachón (editora). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.
438 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587728149

1. Derecho ambiental – Legislación – Colombia 2. Política ambiental – Colombia 3. Recursos pesqueros – Aspectos ambientales – Colombia 4. Consulta previa – Aspectos ambientales – Colombia 5. Jurisprudencia constitucional – Colombia I. García Pachón, María del Pilar, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

333-7

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Octubre de 2017

ISBN 978-958-772-814-9

© 2017, MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN (ED.)

© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores SAS

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JUAN SEBASTIÁN BERMÚDEZ GARZÓN	MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN
ÁLVARO HERNANDO CARDONA GONZÁLEZ	MARÍA LUISA GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO
LAURA LUCÍA CASTILLO S.	JORGE IVÁN HURTADO MORA
JORGE ARMANDO CORREDOR HIGUERA	LAURA JARAMILLO SEGURA
EDUARDO JOSÉ DEL VALLE MORA	RAFAEL ENRIQUE MEJÍA ALFONSO
CLAUDIA GAFNER ROJAS	SANTIAGO OCHOA ROJAS

CONTENIDO

Presentación	11
<i>María del Pilar García Pachón</i>	
El orden público ecológico	15
<i>Rafael Enrique Mejía Alfonso</i>	
El régimen sancionatorio ambiental luego de la Ley 1437 de 2011	71
<i>Álvaro Hernando Cardona González</i>	
Características generales y clasificación de los trámites ambientales	97
<i>Álvaro Hernando Cardona González</i>	
La consulta previa en la adopción de medidas legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional	125
<i>Juan Sebastián Bermúdez Garzón</i>	
El co-manejo como una estrategia para garantizar la seguridad alimentaria y el acceso democrático a los recursos pesqueros marinos	175
<i>Laura Jaramillo Segura</i>	
La importancia de las decisiones 523 de 2002 y 763 de 2011 proferidas por la Comunidad Andina de Naciones y su influencia en las políticas ambientales colombianas	215
<i>Laura Lucía Castillo S.</i>	
Algunas instituciones de derecho civil para la protección ambiental	241
<i>Claudia Gafner Rojas</i>	
Derrames de hidrocarburos y el régimen de responsabilidad administrativa ambiental	265
<i>Eduardo José del Valle Mora</i>	
<i>Santiago Ochoa Rojas</i>	
Análisis de los costos derivados de la revelación de información ambiental y social en el mercado de valores: reflexiones del caso colombiano	321
<i>Jorge Armando Corredor Higuera</i>	
El apoyo fiscal a las medidas de mitigación del cambio climático en los edificios y viviendas	369
<i>María Luisa González-Cuéllar Serrano</i>	

Consideraciones a la gestión ambiental a partir del análisis sobre la operatividad y eficacia del sistema nacional ambiental <i>Jorge Iván Hurtado Mora</i>	407
Los autores	433

En momentos como el que vivimos en donde algunos gobiernos parecen apartarse de la realidad científica tomando medidas administrativas y financieras que afectan el avance en el estudio y socialización de conocimientos medioambientales, es urgente fortalecer los sectores que aportan al conocimiento de la problemática del entorno natural. La libertad de expresión, el debate argumentado de las ideas, así como el robustecimiento de la investigación son apremiantes y por ello nuestro afán por promover estas acciones no sucumbe, sino que descubre motivos para avanzar y superar los obstáculos que se pretenden erigir.

El Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente aporta a la consolidación del estudio de la problemática jurídico ambiental con la presentación de este nuevo tomo de la colección *Lecturas en Derecho del Medio Ambiente*, la cual nació en el año 2000 con el fin de contribuir a la discusión de la variable ambiental desde la perspectiva jurídica, afianzándose desde entonces como un espacio en donde nuestros investigadores y otros invitados especiales dan a conocer los resultados de sus estudios. Con este son ya diecisiete los volúmenes que conforman esta colección que abarca los asuntos más actuales de la realidad jurídico ambiental nacional y extranjera.

En la presente ocasión el tomo se inicia con un artículo del investigador Rafael Mejía, quien estudia el concepto de orden público ecológico, su posible incorporación en el derecho y su prospectiva como herramienta básica de la protección del medio ambiente.

A continuación se presentan dos documentos de Álvaro Hernando Cardona, investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente: en el primero identifica y examina algunas posibles antinomias entre las leyes 1333 de 2009 (Procedimiento Sancionatorio Ambiental) y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), brindando a los operadores jurídicos herramientas interpretativas que permiten integrar estos dos cuerpos normativos; en el segundo, el autor analiza las características generales y la clasificación de los trámites ambientales determinados en el derecho ambiental colombiano.

El joven investigador Juan Sebastián Bermúdez Garzón presenta su artículo “La consulta previa en la adopción de medidas legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional” en el cual, mediante el análisis de la línea

jurisprudencial, identifica la naturaleza jurídica y las características que el tribunal ha dado a dicho mecanismo de participación ciudadana.

Por su parte Laura Jaramillo Segura analiza cómo las estrategias de co-manejo permiten a los pescadores artesanales una efectiva participación en la toma de decisiones relacionadas con la ordenación de los recursos pesqueros. Para plantear esa solución la autora compara algunas experiencias de manejo compartido de los recursos pesqueros en Chile y Ecuador, así como algunos casos que se asemejan al co-manejo en Colombia.

En su artículo Laura Lucía Castillo estudia las decisiones 523 y 763 de la Comunidad Andina de Naciones revisando la influencia de dichas normas en las políticas públicas colombianas relativas a la biodiversidad y los recursos hídricos, así como las coincidencias entre las normas regionales y algunos instrumentos de política pública nacional.

Partiendo de la interdisciplinariedad del derecho ambiental Claudia Gafner-Rojas examina las instituciones del derecho civil colombiano que contribuyen potencialmente a la protección jurídica del medio ambiente. De su estudio se infiere la necesidad de actualizar las instituciones del derecho civil para evitar que las normas existentes parezcan débiles o se necesiten interpretaciones forzadas para lograr una efectiva defensa del patrimonio natural.

Por su parte, Eduardo del Valle Mora y Santiago Ochoa Rojas exponen en su artículo “Derrames de hidrocarburos y el régimen de responsabilidad administrativa ambiental” la reglamentación aplicable para los casos de derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas, profundizando en algunas obligaciones a cargo de los actores que intervienen en la cadena de transporte, así como el procedimiento sancionatorio ambiental que se podría aplicar en el esquema administrativo colombiano.

En su aporte Jorge Armando Corredor Higuera analiza los costos que se derivan de la revelación obligatoria de información ambiental y social relacionada con las operaciones del mercado de valores. Al analizar la normatividad actual, así como algunas experiencias internacionales, el autor identifica criterios de intervención del Estado colombiano en la materia y propone implementar indicadores de sostenibilidad para los sistemas de negociación en el mercado.

Centrándose en el caso europeo, María Luisa González-Cuéllar Serrano estudia la viabilidad de los incentivos fiscales medioambientales en el sector residencial como herramienta contra el cambio climático, para lo cual propone crear una estrategia fiscal europea de rehabilitación energética del

sector residencial que les permita a los ciudadanos emprender de manera efectiva actuaciones de rehabilitación energética en sus viviendas.

Finalmente, Jorge Iván Hurtado Mora hace un análisis del Sistema Nacional Ambiental –SINA–, en el cual, además de identificar sus principales elementos, presenta algunas reflexiones que según él permiten mejorar de manera definitiva la gestión ambiental del país.

Como se puede observar, las lecturas de este año tratan múltiples cuestiones relevantes relacionadas con el derecho ambiental colombiano y extranjero, abordan aspectos sustanciales y procesales de esta rama del ordenamiento jurídico, incluyen asuntos de palpitante actualidad y desarrollan cuestiones teórico-prácticas que sin duda serán de interés de nuestros lectores.

Desde el Departamento de Derecho del Medio Ambiente queremos agradecer la participación de los autores que nos han acompañado en esta obra, así como de los pares evaluadores quienes han desarrollado una revisión seria y detallada de su contenido, lo que nos permite calificarlo como libro de investigación. Igualmente, agradecemos al equipo del Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia por su trabajo de edición, corrección de estilo y diagramación.

Finalmente, nuestro agradecimiento al Rector de la Universidad Externado de Colombia, Dr. Juan Carlos Henao por su confianza y contundente apoyo a las labores que se realizan desde el Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.

María del Pilar García Pachón

Directora

Departamento de Derecho del Medio Ambiente

Universidad Externado de Colombia

RAFAEL ENRIQUE MEJÍA ALFONSO

El orden público ecológico

SUMARIO

Introducción. I. La identificación del orden público ecológico. A. La identificación del orden público ecológico por el derecho. 1. Un reconocimiento normativo implícito pero difuso. 2. Un reconocimiento normativo expreso pero insuficiente. B. La identificación del orden público ecológico mediante el contrato. 1. El contrato, pilar práctico del Orden Público Ecológico. 2. El contrato, pilar de difusión de valores ambientales. II. La aplicación del Orden Público Ecológico. A. La responsabilidad ambiental. 1. Responsabilidad ambiental, respuesta necesaria a la perturbación. 2. Responsabilidad ambiental, respuesta adaptada a la perturbación. B. El Orden Público Ecológico como manifestación de una ética mundial. 1. El OPE, expresión moral del ambiente. 2. El OPE, garante de los derechos de las generaciones futuras. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

El “Orden Público Ecológico” corrige las perturbaciones ambientales. De difícil precisión conceptual, sus declinaciones son heteróclitas. Comprende el conjunto de hechos materiales causantes de inarmonía ecológica, así como la necesaria intervención de la policía administrativa ambiental para restablecer el equilibrio. La norma ambiental abstracta y la estipulación privada concreta constituyen bases normativas del orden público ecológico. La transgresión de la norma y del contrato es la primera condición de aplicación de la responsabilidad ambiental. El tipo de responsabilidad depende de la fuente de perturbación (responsabilidad extracontractual o contractual, etc.). El orden público ecológico es, finalmente, la expresión de una renovada ética planetaria, la cual puede ser utilizada como fuente de protección del ambiente.

PALABRAS CLAVE

Orden público ecológico, responsabilidad ambiental, contrato.

ABSTRACT

The ‘ecological public order’ resolves environmental disturbances. The meaning of “ecological public order” is difficult to determinate. It is a heterogeneous notion which include all facts that could create an ecological imbalance. As a result, the intervention of environmental administrative police becomes necessary in order to re-establish the balance. Both the environmental rule, which is abstract and the private contract, which is concrete constitute legal bases for the concept of ‘ecological public order’. The violation of the rule and the breach of the contract are the first condition for the application of environmental responsibility. The kind of responsibility depends on the source of disturbance (tort liability or contract liability, etc.). The ‘ecological public order’ is finally, the expression of renewed global ethics, which could also be used as a source to protect the environment.

KEY WORDS

Ecological Public order, environmental responsibility, contract.

INTRODUCCIÓN

Como lo enunciaba Portalis, redactor del discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés, el mantenimiento del orden público en una sociedad es la *ley suprema* (Portalis, 1998: 78). Esta declaración tan enfática y clara no ha perdido ni su actualidad ni su intensidad en el ámbito ambiental. La expresión “Orden Público Ecológico” puede asombrar, sorprender, e incluso generar temor a los diferentes actores sociales, económicos o al ciudadano común, pero en la medida en que las degradaciones del ambiente afecten el funcionamiento de la sociedad será necesario integrar plenamente la dimensión ecológica en la noción de orden público.

Decimos que puede sorprender, principalmente al jurista y al ecologista; al primero porque el reflejo inicial que viene a su mente es asociar el Orden Público Ecológico –OPE– con el concepto de seguridad pública, entendida como el mantenimiento del orden público, pero olvidando que el control a la explotación de los recursos naturales hace parte de ese orden público casi fosilizado; por su parte, al ecologista le molesta precisamente la regulación de policía que se apoya en un orden jurídico rígido, que no tendría como

principal objetivo el aspecto ecológico, valor fundamental para vivir, y que busca consolidarse a través de transformaciones históricas.

En materia ambiental el hombre está sujeto al cumplimiento de un conjunto de obligaciones cuya finalidad principal es la protección y mejoramiento de las condiciones de la vida, animal, vegetal y humana. Pero, ¿cómo se podría conjugar la variable ecológica con el orden público, cuando su formulación parece más teórica que práctica y en un contexto donde el derecho ambiental como derecho “joven” irrumpe en un terreno jurídico prácticamente consolidado?

Las perturbaciones de la biósfera provenientes de las actividades del hombre son corregidas principalmente por el derecho. Ejemplos de ello son la adopción del acuerdo internacional sobre cambio climático, concluido en París a finales de 2015, tendiente a mantener la temperatura mundial por debajo de los 2° C¹, y la creación del Sistema Nacional de Cambio Climático Colombiano (SISCLIMA, 2016) a través del Decreto 298 del 24 de febrero de 2016. Se puede considerar que el acuerdo de París es el primer instrumento legalmente vinculante sobre cambio climático, ratificado por al menos 55 países que representan el 55% de las emisiones mundiales (Naciones Unidas, 2016).

No obstante lo anterior, persisten problemas a nivel global como el agotamiento del recurso hídrico, los riesgos químicos, la contaminación persistente del aire, la destrucción masiva de corales en Asia, la explotación excesiva de recursos terrestres y marítimos en América Latina, etc. Todas esas preocupaciones ambientales demuestran la necesidad de que exista y se aplique un Orden Público Ecológico —OPE—.

Para una mejor comprensión abordaremos sucesivamente y por separado las tres nociones: orden, público y ecológico. En primer lugar evitaremos la acepción que vincula el orden a los grupos de religiosos y laicos concebidos durante el medioevo europeo, por ejemplo las órdenes de caballería, sacerdotales, gremiales, etc., y tendremos en cuenta la definición de la Real Academia Española (RAE, 2016), en la acepción n.º 17, en la cual se define el orden como el *mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar*. La palabra orden será también entendida en el sentido de organización y de estructura, es decir, como fundamento de las sociedades humanas. Kiss (2005) considera

1 XXI Conferencia Internacional sobre Cambio Climático (COP 21), 2015; *El Tiempo*, “Cuánto vale el cambio climático”, 15 de abril de 2016.

que, en últimas, orden es la tendencia a asegurar el buen funcionamiento de los grupos humanos reunidos en una estructura establecida y modelada por la historia y por el derecho (p. 156).

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con el *orden público*, la mayoría de las sociedades humanas han aprendido que para su buen funcionamiento deben prever la aplicación de reglas mínimas, principalmente normas de policía administrativa que al ser coercitivas hacen parte de lo que se conoce como ordenamiento jurídico. En palabras de la RAE, el orden público es, de un lado, *la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades* (RAE, 2016, acepción n.º 1), y de otro, jurídicamente, el *conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional* (RAE, 2016, acepción n.º 3).

Para otros autores el orden público es un orden social cuya idea reposa esencialmente en la organización del hombre en sociedad tal como señalan las obras y el pensamiento político de Locke (1994, 19, 56, 90-93) y de Rousseau (2001, 20, 57).

En tercer lugar, la naturaleza, la biosfera o el ambiente, son nociones que tienen pleno sentido para el derecho y que hacen parte de la organización societaria. El calificativo “ecológico” proviene de ecología, vocablo que une dos términos griegos (*oikos*, residencia y *logos*, estudio), y cuya definición remite a la biosfera y al conjunto de los ecosistemas que abriga, como aparece en la *Morphologie générale des organismes* de Haeckel en 1866 (Morin, 1980: 17). A diferencia de ciertas fuentes doctrinarias que parecen distinguir entre el hombre y *lo que lo rodea* –medio ambiente– (Aguesse, 1971), y pese a la viva discusión que aún persiste entre interacción, oposición y jerarquía en el binomio hombre-naturaleza (Lenoble, 1969; Redevin, 2005: 33), el hombre también hace parte de la biosfera.

Con el fin de evitar un debate interminable sobre la cuestión adoptaremos el término *ecológico* en su dimensión estática, es decir en referencia a la biosfera (organismos vivos y procesos e interacciones físicas), al conjunto de elementos que permiten la vida sobre el planeta (suelo, subsuelo, aire, agua, etc.) y como sinónimo de ambiental, aunque la relación sea de especie a género, donde ecológico es la especie y ambiental el género, pues este último es concebido en sentido amplio como el *conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo* (RAE, 2016). Decimos que adoptaremos el término ecológico también en su dimensión dinámica, como actividad –producto o función–

cuyo sustento es la biosfera y que aunque no sea intrínsecamente perjudicial para esta (RAE, 2016, acepción n.º 3), debe ser objeto de regulación jurídica.

Así las cosas, definiremos el orden público ecológico como el conjunto de principios y reglas destinados a proteger el patrimonio natural y cultural para las generaciones presentes y futuras (Godoy, 2005: 140). Principios y reglas que obligan al hombre a respetar las leyes biológicas y el equilibrio ambiental general.

Asociar el adjetivo ecológico a la expresión orden público, a pesar de la existencia de múltiples adjetivos propuestos por la doctrina, no tiene nada de novedoso. Malaurie (1953), citado por Alland (2003: 1119), contó veintitrés definiciones de orden público –incluida la suya–, afirmando que era banal hacer comentarios sobre las dificultades que entrañaba su definición. Incluso algunos autores ironizan respecto del hecho de que una ley recién promulgada puede aportar otra serie de adjetivos, llegando a incluir el orden acuático o el ecuestre (Klein, 1966: 230). Pero el problema no termina ahí, porque el orden público es por esencia ilimitado e indefinible (Caballero, 1981: 19), a menos que sea enunciado por la ley o por el juez. Indefinible e ilimitado quizás porque es un concepto que se adapta a la evolución social, una parte mutable y otra inmutable. Lo que hoy se considera orden público, puede que sea abandonado mañana. Pero es inmutable pues existen instituciones y principios que aún haciendo parte del orden público permanecen en el tiempo, por ejemplo, los principios de la organización jurisdiccional, la libertad matrimonial, los elementos que integran la capacidad jurídica para contratar.

Ahora bien, la ecología o lo ecológico, en el sentido de exigencia y de protección de los equilibrios entre las actividades humanas y el medio natural, se ha vuelto un valor de la sociedad, aunque no necesariamente es compartido por todos (Sauvé, 2012). Pero incluso los más reticentes deben aceptar su existencia como valor actual e importante que trascenderá con el paso del tiempo.

Aunque la conciencia ecológica ha estado presente a través de la historia de numerosas culturas y países, el interés de nuestro estudio radica en que ecología y orden público aparecen en primer plano gracias al reconocimiento del interés general que reviste el ambiente (Prieur, 2016: 64) y principalmente su protección (Laville, 2015: 321). Cuando se combina el vocablo ecológico a la expresión “orden público” se está denotando una declinación particular del orden: el orden público que ha sido previamente elaborado por el hombre.

En últimas, el OPE pone en evidencia uno de los valores básicos que el individuo entiende debe prevalecer socialmente, como ocurrió hace varias décadas en otro ámbito con el denominado orden público económico (Stiglitz, 2000; Naciones Unidas, 2009), que para algunos puede tener un rango soberano y no negociable (Frison-Roche, 2015: 115, 120).

Finalizando estos propósitos introductorios se debe aclarar que aquí no será motivo de análisis la jurisprudencia elaborada por el juez colombiano sobre el orden público clásico (Mejía, 2012). Tampoco será motivo de tratamiento la superposición de “órdenes públicos” nacional e internacional”, etc., que una parte de la doctrina parece reconocer (Roldán, 2010; Ruiz, 2001), ni la discusión evidente en torno a su pluralidad (Combacau, 2001: 419).

Una vez precisados los contornos de nuestro estudio, en primer lugar nos preguntaremos: ¿en qué medida el OPE ha sido identificado por el derecho colombiano?; de igual forma, abordaremos la reglamentación jurídica y el contrato como vectores de expresión del OPE (i); encararemos luego la responsabilidad ambiental que pone en evidencia la aplicación clásica del OPE, y por último nos ocuparemos de la aplicación moderna que parece llevar al OPE por la senda de la ética mundial (ii).

I. LA IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO

El OPE no es un concepto fácilmente abordable. Su conceptualización rigurosa abarca necesariamente las fuentes constitucionales y legales (A). Pero estas no son los únicos referentes porque, aparte de ese OPE *rígido* extraído de la normatividad jurídica, parece existir una especie de OPE más *flexible* producto de la negociación privada (B).

A. LA IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO POR EL DERECHO

Aunque en el derecho colombiano no existe un desarrollo sistemático del OPE, su reconocimiento puede extraerse de la relectura conjunta de varias disposiciones jurídicas. Sin embargo, ese reconocimiento no es explícito (1). Más allá de las dificultades que se puedan alegar, existen elementos normativos expresos que permiten estructurar la existencia de un OPE (2).

I. UN RECONOCIMIENTO NORMATIVO IMPLÍCITO PERO DIFUSO

Se puede afirmar que en la medida en que se consagran disposiciones constitucionales o legislativas que protegen el ambiente se crea un OPE. Para Kiss (2005) la existencia misma de ese acto expresa la convicción de que la protección del ambiente hace parte del interés general (p. 158). Sin embargo, se debe precisar que el OPE no se agota con la legislación ambiental puesto que se necesitan también una estructura orgánica y una política ambiental que se encarguen de hacerlo cumplir.

En ese sentido el profesor Prieur (2016) sostiene que:

En materia ambiental existen normas de policía, cuyo objetivo es prohibir y controlar ciertas actividades humanas perturbadoras del medio natural. Como reglas de policía, ellas deben corresponder a la necesidad de asegurar los objetivos del orden público que son tradicionalmente la seguridad, la tranquilidad y la salubridad pública. Las preocupaciones ambientales pueden filtrarse fácilmente entre estos objetivos tradicionales (p. 68). El orden público ecológico, como policía administrativa especial tendría el mérito de reagrupar al menos teóricamente todas las disposiciones dispersas en materia ambiental y de darles un fundamento común. Todas estas normas nuevas tienen por objeto, obligar al hombre a respetar las leyes biológicas y el equilibrio ecológico general. El contenido del orden público varía según las creencias y las necesidades de la sociedad. Es la expresión de un consenso. Se puede considerar que desde la puesta en marcha de una política ambiental y del reconocimiento del interés general de ésta política, se asiste al surgimiento de un orden público nuevo teniendo por fin la protección del ambiente (p. 69).

Ahora bien, frente a las amenazas que representan las perturbaciones ambientales para la sociedad el Estado reacciona apoyándose en el dispositivo coactivo, en teoría el más apto para prevenir los desórdenes sociales: la policía administrativa.

La policía administrativa es una de las grandes categorías jurídicas de las misiones de la administración pública. Ella garantiza la realización del orden público por medio del respeto de ciertos imperativos de interés general (Gonod, 2011: 7).

Además de lo anterior, algunos autores agrupan el conjunto de la normatividad protectora del ambiente bajo una sola institución, la policía ecológica, cuya función consiste en preservar el OPE (Caballero, 1981: 19); de forma que las leyes, los textos legislativos, los textos reglamentarios de carácter

ambiental y afines, así como las decisiones judiciales sobre la materia hacen parte del OPE.

A su vez la policía ecológica se descompone en distintas policías particulares (del agua, del aire, de la caza, de los establecimientos industriales, etc.), sin que por ello la noción de OPE pierda su unidad y desnaturalice el concepto clásico afirmado por Hauriou. Según este autor, el orden público se identifica con la ausencia de inconvenientes o problemas, en una palabra, es el estado de paz por oposición a la perturbación (Hauriou, 2002: 549). Se puede decir, entonces, que el OPE se asimila a la ausencia de perturbaciones ecológicas, poniendo el acento en el resultado buscado por la *puissance publique*.

Como se acaba de anotar, el OPE supone la existencia de una policía administrativa especial, pero distinta de la función de policía (cuerpo armado) que debe asegurar el Estado, aunque ambos tipos de policía comparten los imperativos de interés general del orden público: la prevención y la eliminación de las perturbaciones a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad pública². En principio los tres primeros imperativos (seguridad, tranquilidad y salubridad) bastarían para justificar la protección del ambiente, estructurando, por ende, un OPE.

Si se sigue ese razonamiento es posible afirmar que los objetivos clásicos del orden público vienen a ser completados por el elemento ecológico, el cual es introducido al ordenamiento jurídico por medio de la política ambiental diseñada por la administración nacional, y se materializa en la norma objetiva cuya finalidad es la protección ambiental. En consecuencia el ambiente es objeto de regulación porque es un valor y un interés socialmente relevante.

Existe una continuidad entre los objetivos que persiguen tanto la policía administrativa general como la policía administrativa ambiental; los de la primera han sido definidos por la jurisprudencia al interpretar las normas vigentes, anotando que el orden público se entiende como el conjunto de condiciones tendientes a asegurar la convivencia armónica de los miembros de una sociedad, en un marco de estabilidad y normalidad institucional, donde exista plena garantía de las libertades públicas para alcanzar la pros-

2 El artículo 2.º Decreto ley 1355 de 1970 se refería a las perturbaciones a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad publicas. Sin embargo, ese decreto fue derogado por el artículo 242 de la Ley 180 del 29 de julio de 2016, "... por el cual se expide el Código nacional de Policía y Convivencia -CNPC-; cfr. artículo 6.º CNPC, 2016.

peridad general y el goce de derechos³. En el derecho francés la noción de orden público se desprende del juez administrativo porque desde 1800 a él se le confía el contencioso de la policía administrativa (Guglielmi, 2003: 1).

La ausencia de problemas ecológicos se puede buscar por todas las vías, y es por eso que el OPE sirve para determinar el campo de acción de las policías administrativas al establecer los procedimientos y los comportamientos admisibles, a la vez que refuerza un sistema jurídico al acrecentar la legitimidad del uso de principios y reglas pertenecientes tanto al derecho público como al derecho privado (Romi, 2014: 17).

Por su parte, la policía administrativa ambiental asegura los objetivos de seguridad, tranquilidad y salubridad pública por medio de los organismos e instituciones ambientales establecidos para el efecto, a los cuales corresponde garantizar el respeto generalizado de la reglamentación ambiental. A través de la ley el OPE los habilita para imponer órdenes, prohibiciones y sanciones a los agentes infractores en materia ambiental pues, en últimas, constituye un título de intervención flagrante en situaciones de desorden ecológico.

La policía ecológica y la normatividad ambiental son instrumentos puramente jurídicos que en la realidad administrativa son utilizados conjuntamente. El poder de policía en materia ecológica es innegablemente un poder local, tal vez el más poderoso de todos. Las autoridades cuyas competencias han sido establecidas previamente por la ley pueden y deben reprimir las conductas que no sean ecológicas o que atenten contra el ambiente.

Como lo anotábamos atrás, la policía ecológica y la normatividad ambiental van de la mano en esos eventos. Así, por medio de los comparendos ambientales⁴ se sanciona a la persona que deposita en la vía pública materiales de construcción o basuras, estando obligada a hacer uso del sistema de colecta o de tratamiento municipal⁵ (art 111-3 CNPC, 2016), al igual que ciertas obligaciones que pertenecen más al civismo y a la cultura ciudadana tales como lavar un carro en la vía pública o desconocer la obligación de reciclaje doméstico⁶.

3 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 1996-02482-01(17253), 2007, cons. 4.10.

4 Cfr. Ley 1259 de 2008 y Decreto 349 de 2014.

5 *El Tiempo*. “Las acciones que causan comparendo ambiental”, Ambiente, 9 de marzo de 2016.

6 *El Tiempo*. “Averigüe cuánto dinero pagaría por ser infractor ambiental en Bogotá, Ambiente, 2 de septiembre de 2015.

Esos ejemplos corroboran el hecho de que el ambiente ha sido regulado por la autoridad pública para preservar la armonía social, la cual interviene en las relaciones de vecindad, como en el caso de las perturbaciones entre vecinos anotadas anteriormente. Esa regulación proviene del derecho romano (Laville, 2015: 317).

Ya sea como ausencia de perturbación, como policía ecológica o como reglamentación ambiental tales son las manifestaciones del OPE. En ese sentido, hacer de lo ecológico o ambiental un valor a proteger es reconocerle jurídicamente un lugar en el seno de la jerarquía compleja de derechos y principios fundamentales.

Por medio del OPE el Estado debe asegurar la armonía entre los hombres y su ambiente; sin embargo, como hemos visto a lo largo de este artículo, además de poseer diversos ropajes su materialización se disemina por todo el ordenamiento jurídico. Lo cierto es que la multiplicación de crisis ambientales, el progreso científico y las convenciones internacionales aprobadas para conjurar los problemas ecológicos, entre otras razones, han afirmado el surgimiento de un nuevo imperativo de protección. El OPE delimita claramente el marco en que el Estado tolera o no una perturbación, de forma que la policía ecológica, como brazo armado del OPE, viene a ser la policía de la perturbación.

En los siguientes párrafos pasaremos a estudiar los fundamentos expresos que estructuran el OPE.

2. UN RECONOCIMIENTO NORMATIVO EXPRESO PERO INSUFICIENTE

Hemos señalado que la vigencia del OPE queda comprometida ante la existencia de una perturbación, ecológica principalmente. También afirmamos que el OPE cobija la reglamentación ambiental y la policía ecológica que se ocupa de su cumplimiento. La protección del ambiente supone una administración y un control crecientes mediante el concurso de varios instrumentos (Boutelet-Blocaille, 2005: XI).

Para Ospina (1994), el orden público comprende el conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes en un determinado medio social y que se consideran indispensables para su conservación. Sostiene, igualmente, que son de orden público todas las normas pertenecientes al derecho público y ciertas instituciones del derecho privado.

Como principal fuente de derecho la ley define la norma ambiental por remisión al orden público. En efecto, el inciso segundo del artículo 107 de la Ley 99 de 1993 dispone que “las normas ambientales son de orden público”, y que no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.

Al tratar la función ecológica de la propiedad, su utilidad e interés social, en el artículo 107 de la Ley 99 el legislador de 1993 asoció precozmente la normatividad ambiental con el OPE (o este con aquella). Sin lugar a dudas la normatividad ambiental hace parte del OPE. La referencia del legislador es clara y se inscribe en los principios generales del derecho.

Otra referencia expresa, esta vez de carácter constitucional, y ejemplo concreto de desorden ecológico, es la situación contemplada en el artículo 215 de la Constitución colombiana de 1991 que regula el estado de excepción por grave calamidad pública y por hechos perturbadores que comprometen el orden económico, social y ecológico del país.

En ese caso le asiste al supremo jefe de gobierno la obligación constitucional, y el compromiso internacional de realizar los actos que ayuden a controlar las condiciones ambientales turbadas. Se podría replicar que se trata de un atajo lingüístico pues el artículo se refiere únicamente al orden ecológico, pero el carácter público está determinado por la grave emergencia ecológica reconocida mediante decreto presidencial.

La alteración de las condiciones económicas y sociales vendrían a confirmar el estado de desorden. En este caso el OPE es reconocido de forma negativa (Ruiz, 2001: 85), es decir, como medio de defensa legítimo del Estado que debe ser utilizado para asegurar el orden jurídico interno frente a elementos de origen externo al ámbito jurídico.

Otra referencia del OPE se observa en los artículos 14 y 202 del CNPC de 2016, donde se contempla la intervención excepcional de los gobernadores y alcaldes ejerciendo su poder de policía para hacer frente a situaciones extraordinarias que amenacen o afecten el ambiente y la seguridad de la población.

Hacen parte del OPE igualmente, las disposiciones constitucionales que imponen al Estado y a los particulares *obligaciones directas* de conservación y protección del ambiente. Especialmente aquellas cuyo propósito es mantener un equilibrio ecológico o evitar una perturbación del mismo: la protección pública y privada de las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8.º CP); el servicio-deber estatal de la “atención de la salud” y el saneamiento ambiental (art. 49 CP); la propiedad privada utilizada con una función

social y ecológica (art. 58-2 CP); el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social protegiendo los recursos naturales y culturales del país, además de la conservación de un ambiente sano (arts. 95-2 y 95-8 CP); la obligación de vigilancia-responsabilidad del productor y/o comercializador de bienes y servicios, sanos y seguros (art. 78-2 CP); el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente (art. 79-2 CP); el deber estatal de planificar los recursos naturales con criterios durables, preventivos y restaurativos (art. 80 CP); la responsabilidad estatal por daños antijurídicos que le sean imputados (art. 90-1 CP); el deber de preservar los recursos naturales en los territorios indígenas, el mantenimiento del orden público y la explotación respetuosa de los mismos en dichas áreas (arts. 330-5, 330-7 y 330 parág. CP); el ejercicio de la actividad empresarial con función social y limitada por razones ecológicas (arts. 333-3 y 333-5 CP), y el deber de intervención estatal en materia económica para regular la explotación de los recursos naturales (art. 334 CP).

Por otra parte, la legislación también reconoce el interés del ambiente como objeto sensible y digno de protección (art. 8-8 CNPC); sin embargo, las obligaciones legales de protección que integran el OPE son bastante generales; así, el derecho colombiano afirma que el ambiente hace parte del patrimonio común de la Nación⁷, y que tanto el Estado como las personas deben participar en su preservación porque los recursos son de utilidad pública y de interés social.

En igual sentido, la legislación dispone que el uso de los recursos naturales se debe hacer de forma eficiente (art. 9a CRNR, 1974), sin lesionar el interés general de la comunidad o los derechos de terceros (art. 9c CRNR, 1974), dentro de los límites permitidos, facilitando su reutilización y sin alterar sus condiciones físicas, químicas y biológicas (art. 9e CRNR, 1974). El desarrollo agropecuario sostenible al interior de una zona geográfica protegida considerada como páramo, aunque esté dentro o fuera de un parque nacional natural, es un ejemplo del uso eficiente de los recursos naturales con finalidad de armonía ecológica⁸.

7 Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente—CRNR—; artículo 1.º del Decreto 2811 de 1974.

8 Ministerio del Medio Ambiente, 22 de marzo de 2016; *El Tiempo*. “Páramo y minería en Colombia”, Ambiente, 23 de marzo de 2016.

Enfocado de esa forma, el OPE puede ser apreciado como un mecanismo que refuerza los derechos constitucionales y legales, particularmente en materia ambiental, pues al tratarse de disposiciones irrenunciables permite la consolidación de situaciones en las que se materializa la seguridad jurídica.

El OPE otorga al derecho ambiental los instrumentos jurídicos necesarios para reglamentar la actividad particular y pública, con miras a cumplir los imperativos de seguridad, tranquilidad y la salud pública.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano parece tener vigencia aquí, cuando en el artículo 2.º afirma que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, por lo que la armonía social será el resultado del libre juego de los derechos individuales cuya existencia y respeto corresponden al Estado (Colliard, 1990). Sin embargo, la libertad absoluta es una amenaza al orden social sin el cual ella no puede ejercerse efectivamente, de forma que para garantizarla conviene limitarla a través de la ley, como lo señala el artículo 4.º de la mencionada declaración.

Pero, ¿qué sería del OPE sin sometimiento a la ley? Todos los ciudadanos, de forma individual o colectivamente, deben someterse en el ejercicio de sus derechos y libertades a la normatividad establecida, lo cual implica aceptar las limitaciones. El OPE constituye una limitación no solamente a la libertad sino también a los derechos fundamentales (Kiss, 2005: 157).

La Corte constitucional colombiana ha expresado que la vida en comunidad conlleva el cumplimiento de una serie de obligaciones o valores recíprocos de los asociados, siendo el primero respetar los derechos de los demás. La salubridad, la tranquilidad, la seguridad y la moralidad pública se garantizan socialmente dentro de un orden jurídico que no contempla derechos absolutos⁹.

A propósito de la explotación petrolera y minera en el país, de los usos permitidos en los páramos y de su delimitación, la Corte constitucional ha afirmado que aunque en la Constitución política de 1991 no está previsto un determinado modelo de desarrollo económico, existen límites fundamentales que deben respetarse¹⁰.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-476, 1997, cons. 3.1.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-035, 2016, cons. 166-179; *El Tiempo*. “Corte Constitucional sobre el fallo de minería en páramos”, Justicia 14 de febrero de 2016.

Fenómenos como la grave crisis de abastecimiento del recurso hídrico en ciertas regiones del país¹¹ y la aclamada suspensión de la licencia ambiental concedida a un industrial americano para realizar la exploración petrolera en una zona aledaña a un parque natural¹² son reveladoras de la actualidad que tiene la perturbación del OPE.

Ese esquema de deberes que conllevan la protección del ambiente y que demuestran la existencia de un OPE fue claramente expresada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano de 1972: el hombre tiene el deber solemne de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras. Aunque no exista una sanción por su incumplimiento, este deber moral pesa sobre el conglomerado social (Fritz, 2005: 8). Los deberes de protección ambiental son para cumplirlos, pero la realidad indica que tanto el Estado como las personas físicas y jurídicas están lejos de ese objetivo. Lo cual demuestra que el orden público y la ecología forman una pareja jurídicamente inseparable pero sociológicamente explosiva (Laville, 2015: 317).

Se ha visto que existen fundamentos expuestos del OPE y que, aunque sean insuficientes por la poca existencia de referencias en materia ambiental, el tratamiento del OPE no se agota con la normatividad. Por esa razón en las siguientes líneas desarrollaremos otra forma poco *convencional* en la que el OPE puede ser abordado.

B. LA IDENTIFICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO MEDIANTE EL CONTRATO

En términos muy generales puede decirse que el OPE integra todo lo que es impuesto por la autoridad o por el Estado para evitar perturbaciones de resorte ambiental. Las vías de esa imposición son sustantivas o procedimentales, en otras palabras, derecho y policía ecológica. Las imposiciones y las vías descritas por las que se materializa el OPE limitan en cierta forma la libertad contractual de las personas (1). El OPE reconduce la autonomía de la voluntad hacia la promoción de valores ambientales (2).

11 *El Tiempo*. “Medidas del gobierno por desabastecimiento de agua en San Andrés”, Ambiente, 16 de abril de 2016.

12 *El Tiempo*. “ANLA revoca licencia de exploración a Hupecol en La Macarena”, Ambiente, 19 de abril de 2016.

I. EL CONTRATO, PILAR PRÁCTICO DEL ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO

Aunque la instauración de una reglamentación aceptada y manejada por todos no es simple (Lavoillotte, 2005: 293), ella representa el máximo de garantías en cuanto al resultado final con el que se expidió la norma y es, a la vez, un medio de control de la armonía societaria.

Si el orden público puede ser concebido como la expresión de un conceso entre las necesidades y las creencias de una sociedad, las leyes biológicas y el equilibrio ecológico general, el contrato es igualmente susceptible de ser la expresión de tal acuerdo, particularmente entre los intereses privados económicos y el interés general de la protección del ambiente. Además, por virtud de las obligaciones instauradas, el contrato permite coaccionar a las partes respecto de la normatividad ambiental.

En consecuencia, la técnica contractual contribuye al nacimiento o surgimiento del OPE de dos maneras: permitiendo la instauración de un orden ambiental impuesto a todos y favoreciendo la aplicación de valores ecológicos.

El OPE actúa como límite a la autonomía de la voluntad sin anularla totalmente. ¿Cuál sería, entonces, la utilidad del derecho público y, principalmente, del derecho privado en el ámbito ambiental incursionando en el acuerdo de voluntades?

Tanto en derecho público como en derecho privado el OPE limita la libertad contractual y puede afectar la estabilidad de las relaciones contractuales. Aparece inicialmente como un orden de limitación de libertades, principalmente de la libertad creadora de derecho (Vincent-Legoux, 2001: 108).

El OPE es verdaderamente concebible en esa situación, con colaboración de las fuentes legales, pues limita más la libre elaboración de los actos jurídicos que no resultan del ejercicio de las competencias estatales, es decir, la limitación es menos fuerte tratándose de los contratos administrativos que de los contratos de derecho privado definidos clásicamente como acuerdos de voluntades, creadores de obligaciones entre las partes (Carbonnier, 2000; Richer, 2014: 23).

Respecto de la primera clase de contratos, la fuerza imperativa del OPE aparece modulada por la seguridad jurídica y por las exigencias del servicio público como la obligación de vigilancia del Estado en la protección de los recursos naturales en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos (art. 8-5 Ley 142 de 1994). De todas formas, el OPE tiene un lugar indiscu-

tible en el orden social por los valores ligados a la institucionalización de la paz social, reposando en la idea de bien común y justicia (Vincent-Legoux, 2015: 215, 217).

La utilidad del contrato administrativo está reforzada cuando en el mismo interviene una persona jurídica pública teniendo por objetivo la satisfacción de necesidades de servicio público.

Por su parte, el contrato de derecho privado proviene de una fuente secundaria del derecho. Puede adaptar el contenido de las fuentes principales en la medida en que el Estado o la administración pública no se opongan a ello y siempre que se asegure el orden público.

El contrato obliga a los contratantes respecto de lo que han expresado, de lo que emana de la estipulación ejecutada de buena fe y de la ley (Código Civil, art. 1603). En ese caso el contrato no sufre sanción porque de acuerdo con la ley es útil y justo (Ghestin, 1993).

El derecho subjetivo creador de derecho mediante el acuerdo de voluntades contribuye a la armonía social, que es el fin del OPE. El respeto de la palabra dada es además un deber moral y un elemento de la paz social.

Los principios generales del derecho de contratos se aplican en las relaciones entre particulares, especialmente la libertad de escogencia del co-contratante, el tipo de contrato, el contenido y la forma del instrumento contractual, pero dentro de los límites que fija la ley. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...” (art. 1602 CC)

La fuerza obligatoria del contrato está subordinada al cumplimiento de las exigencias legales las cuales son básicamente de orden público. El OPE puede limitar la libertad de los contratos entre particulares, y en ese caso se trata de principios no derogables, incluso a pesar de que el orden público no sea preciso ni inmutable (Kiss, 2005: 157), aunque el juez puede hacer prevalecer el interés general en cada caso, inclinándose por el respeto de los derechos fundamentales o por su limitación.

El contrato podría ser la expresión de un consenso entre las actividades del hombre y el ambiente; sin embargo, la legislación no facilita en principio esa inserción en el ámbito ambiental.

El inciso segundo del artículo 107 de la Ley 99 de 1993 afirma que la norma ambiental no puede ser objeto de transacción ni de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.

Así, un contrato público o privado no puede tener por objeto la inaplicación total o parcial de una norma ambiental. La renuncia mediante esti-

pulación contractual a la aplicación de la norma ambiental de orden público también está prohibida por ley.

Dicha prescripción hace eco a otra más antigua dentro del sistema de fuentes que afirma que no se pueden derogar por convenio particular las leyes cuyo cumplimiento suponga la alteración del orden y las buenas costumbres (art. 16 CC). En otras palabras, la norma ambiental de orden público no puede ser derogada mediante acuerdo de voluntades.

Tampoco se puede pactar la aplicación de una ley extranjera en lugar de la norma ambiental nacional cuando esta haya sido prevista (Aseff, 2003: 3). La aplicación retroactiva de una norma es posible a menos que otra lo prohíba o cuando existan derechos adquiridos.

En principio, en la fase contractual una estipulación o un contrato especialmente administrativo contrario a los intereses colectivos de una comunidad puede resultar nulo mediante declaración judicial. La violación de los principios ambientales de orden público acarrear la nulidad absoluta del contrato porque la estipulación es introducida contra expresa prohibición legal (art. 6-2 CC).

Por el contrario, conforme a la ley, la estipulación es válida y firme (art. 6-2 CC). Cuando se infringe la ley el contrato también puede prever otro tipo de sanción o una sanción complementaria. El contrato permite también convenir alguna ventaja, beneficio o recompensa para las partes (art. 6-2, parte final CC).

La prohibición de infringir los derechos fundamentales mediante estipulación contractual privada es inherente al instrumento contractual porque ellos son de orden público. Como ya se expuso, existen obligaciones que no pueden ser pactadas por las partes por ir en contravía del OPE, caso en el cual el orden público puede limitar el alcance de los contratos celebrados entre particulares, mucho más tratándose de la seguridad, la salubridad, la tranquilidad y los derechos fundamentales¹³.

De acuerdo con lo señalado, el OPE parece controlar la producción del derecho. Hasta aquí el contrato sigue siendo una fuente secundaria del derecho, y la normatividad impone y encuadra la voluntad privada; sin embargo, ¿existe algún modo para que el contrato que respeta la norma jurídica pueda adaptarla, e incluso llegar a complementarla en materia ambiental?

13 Corte Constitucional. Sentencia C-825, 2004, cons. 9.

2. EL CONTRATO, PILAR DE DIFUSIÓN DE VALORES AMBIENTALES

De acuerdo con lo ya visto, la noción de OPE constituye una barrera que no puede ser flanqueada so pena de invalidación del instrumento, acto o contrato que así lo previó. Sin embargo, el OPE se manifiesta también como un orden de protección de los derechos y asegura su efectividad.

Aunque la voluntad privada esté subordinada al OPE puede ser fuente suprema y autónoma de efectos.

Un establecimiento comercial instalado en proximidad de un sitio histórico puede suscribir un contrato con la administración local a fin de protegerlo explotándolo económicamente de acuerdo con la normatividad comercial y ambiental.

Aunque el contrato sea administrativo por tener como co-contratante un municipio o una entidad territorial, e incluso la participación de una CAR, el acuerdo de voluntades debe aplicar los principios generales del negocio jurídico y las normas ambientales específicas descritas.

En este caso el OPE articula las relaciones entre la ley y las convenciones público-privadas, de forma que sería una excepción legítima a la libertad del particular acostumbrado a gestionar ampliamente sus propios negocios, excepción justificada en razón de una finalidad de interés general y de protección ambiental.

De manera que es posible convenir una o varias estipulaciones contractuales para mejorar la situación de los contratantes con criterios ecológicos. La estipulación en cuestión no puede ser regresiva o disminuir los estándares mínimos de protección ambiental; es decir, tiene que aplicar el principio de no regresión en materia ambiental (Prieur, 2012). En nuestro ejemplo el comerciante instalado en el sitio histórico puede promover, e incitar a los visitantes a realizar, una visita por senderos ecológicos que promuevan el reciclaje y la protección de la naturaleza a cambio de una disminución del canon de arrendamiento de su establecimiento comercial.

Las exigencias de licitud del objeto, a falta de las cuales la cláusula o el pacto son sancionados judicialmente con la nulidad absoluta, se aplican en el ámbito contractual público y privado. En derecho privado la sanción es la nulidad absoluta cuando el objeto y la causa son ilícitos; lo mismo ocurre ante la omisión de alguna formalidad que las leyes prescriben como necesaria para darle valor al contrato (art. 1741 CC).

No será procedente un contrato cuyo objeto esté prohibido por ley (moralmente imposible) y sea contrario a la naturaleza, a las buenas costumbres y al orden público (art. 1518-3 CC). En igual sentido, el contrato debe tener una causa ilícita cuando el motivo que induce a su suscripción sea contrario a las buenas costumbres, al orden público y esté prohibido por ley (art. 1524-2 CC).

Es posible convenir la venta de cosas corporales o incorporeales cuando su enajenación no esté prohibida por ley (art. 1866 CC); por ejemplo, no se puede convenir la venta o compra de especies naturales protegidas, especies vegetales o animales exóticas e incluso amenazadas, no solo porque está prohibido por ley, sino también porque su objeto es ilícito al contravenir el derecho público de la Nación¹⁴. En igual sentido, no se pueden comercializar individuos de especies “vedadas” o sus derivados, ni tampoco adquirir con fines comerciales productos de caza que no reúnan los requisitos legales o que sean de dudosa procedencia (arts. 265-e y 265-g CNRN, 1974; art. 101-I CNPC, 2016). Algún jurista sagaz diría que dichas especies están claramente fuera del comercio (art. 1521-I CC).

Por el contrario, se pueden adquirir bienes de propiedad privada y pertenecientes al patrimonio de las entidades de derecho público con miras a defender los recursos naturales (arts. 69-70 CNRN, 1974). Por ejemplo, una empresa privada puede adquirir un terreno estatal para operar una hidroeléctrica protegiendo su entorno y explotando económicamente los recursos con fines sociales y ecológicos (art. 60-g CNRN, 1974).

Una convención de gestión puede asociar responsables políticos y comerciantes locales para realizar operaciones de protección ambiental; así, la empresa puede ser reconocida como un actor principal al mismo nivel que el Estado, por ejemplo, en el montaje contractual para organizar el sistema de recolección de basuras con un operador privado, en la suscripción de un contrato de agricultura durable en inmediaciones de una laguna o de producción limpia en dicha zona, o un convenio cuyo objeto sea la rehabilitación y valorización del patrimonio acuático mediante el cual las empresas riberañas combinan la explotación de curtiembres con la limpieza del río que les sirve de fuente de abastecimiento.

14 Artículos 1519 CC y 336 CNRN, 1974; Convención Cites, 1973; Leyes 17 de 1981 y 162 de 1994 aprobatoria del convenio sobre biodiversidad biológica.

El contrato puede ser considerado como un instrumento de desarrollo de una cierta ética, caso en el cual se trata de la puesta en movimiento de un comportamiento considerado como del “buen padre de familia”, mediante el establecimiento de obligaciones de información, de seguridad, de prudencia, adaptando las reglas coercitivas a la actividad industrial. Sin embargo, en la práctica las convenciones o contratos pactados pueden contener obligaciones imprecisas, omitir los mecanismos de control o de gestión, e incluso, el régimen de responsabilidad. De ahí que la convención resulte difícil de cumplir y sea fuente de problemas jurídicos.

En los últimos años se ha hecho énfasis en la introducción de un criterio ambiental en el ámbito de la contratación estatal mediante el cual la administración busca disminuir los impactos y riesgos ambientales, ya sea adquiriendo bienes o servicios o en el ejercicio de sus prerrogativas públicas (Buenas prácticas en contratación estatal, 2012). Este criterio se suma a los otros principios imperantes en materia de contratación estatal como el de transparencia, el de igualdad entre los oferentes, el de responsabilidad y el de selección objetiva.

Para algunos autores (Moreno, 2006: 390) se está en presencia de lo que se denomina contratación sostenible cuando por una parte se generan espacios de sensibilización y formación con la finalidad de modificar los hábitos tradicionales de la contratación.

El poder público, la administración precisamente, se ha instalado como redactor del contrato, pero es el legislador quien se ocupa de determinar el contenido positivo del contrato confiriéndole un carácter de orden público. El OPE viene entonces a erigir un mínimo contractual.

Por otro lado, en ejercicio de la contratación estatal y durante su desarrollo, es necesario incorporar productos ambientalmente correctos con el fin de lograr beneficios ambientales, la optimización económica de su manejo y su aceptación social.

De esa forma una entidad estatal se inclinará por un oferente cuyos métodos de producción y servicios sean respetuosos del ambiente, por ejemplo, para el suministro de papel de oficina proveniente del reciclaje y la adquisición de fotocopadoras o de equipos de cómputo eficientes con bajo consumo de energía¹⁵. Se trata, entonces, de hacer compatibles los criterios económicos con los criterios ecológicos en la contratación estatal.

15 Norma ISO 14000; UNSPSC, V 14.080: 12.

La inclusión del criterio ambiental en la contratación estatal promueve valores ecológicos porque se busca que en el desarrollo de proyectos públicos, privados y mixtos, se creen herramientas para gestionar los elementos nocivos del ambiente. Esa gestión puede comprender el control sobre los métodos que facilitan el análisis del factor ambiental y su incorporación en el proceso contractual, el análisis de las condiciones del mercado, y los costos y ventajas del producto seleccionado con finalidades sostenibles.

Igualmente, es posible incorporar cláusulas contractuales con especificaciones técnicas de protección ambiental, particularmente en ingeniería civil, y establecer parámetros y condiciones ambientales para la adjudicación de contratos.

Esto último ha hecho que para equilibrar el costo del proyecto emergiera una especie de mercado de valoración monetaria del ambiente (Holland, 2014: 45) y de los bienes ambientales (Moreno, 2006: 393), incluyendo la variable ambiental y la reducción de los riesgos ecológicos que el mismo pueda ocasionar. El OPE ha penetrado en la economía interna de los contratos reforzando las obligaciones clásicas y solidificando el contenido de las convenciones usuales (Lavoillotte, 2005: 304). Precisamente, algunos autores se preguntan si los móviles económicos que llevan a contratar no substituyen las normas vigentes (Romi, 1998), porque el objetivo ambiental de los contratos sería esencialmente definido por el mercado y no directamente por los poderes públicos.

El criterio ambiental hace parte de todo el proceso contractual cuando el objeto del contrato así lo precisa. Tratándose de un contrato de adhesión se establecen desde el inicio los parámetros que deben cumplir los oferentes para participar en el proceso y la adecuación de sus productos y servicios en función del instrumento contractual y de sus finalidades.

Las especificaciones técnicas y el tipo de responsabilidad en caso de incumplimiento afirman el lugar privilegiado que tiene el criterio ambiental, el cual, según Moreno (2006: 401), se puede incorporar en todo tipo de contrato, ya sea de consultoría, de suministro o de obra y concesión. En cualquier caso, un funcionario precavido debe verificar el objeto del contrato antes de incluir y adaptar el mencionado criterio.

Tanto el proveedor como el comprador prestos a participar en la contratación, deben remitirse a la guía que adapta el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas (Gobierno en línea, 2013).

Implementando una metodología uniforme, el código establece una clasificación de los productos y servicios utilizados en la contratación “eficiente” en Colombia, fundamentada en criterios jerárquicos y con estructura lógica. Tal clasificación, que es fruto de un acuerdo industrial, busca facilitar el comercio entre las empresas y el gobierno. En apariencia flexible, se adapta a las necesidades locales mediante su implementación electrónica.

El código organiza los sectores de generación de valor de los productos utilizados en la contratación estatal, tales como la materia prima, el equipo industrial, los componentes y suministros, los productos de uso final, los servicios, los terrenos, los edificios, las estructuras y las vías. La entidad estatal adapta, según su demanda, los criterios aplicables al proceso contractual. La guía permite identificar y seleccionar los productos más benéficos para el ambiente, todo ello según la necesidad de la entidad (GCBS, 2013, p. 4).

Por otro lado, el oferente aporta lo que señala el registro único de proponentes: el certificado de idoneidad técnica, financiera y jurídica; el documento que acredita la existencia y representación de su empresa; el documento que prueba su experiencia, inhabilidades, sanciones y multas; los sistemas de gestión que utilizará, y un anexo de requisitos ambientales (posible utilización de energías alternativas, sistemas de prevención y de gestión de residuos, etc.), entre otros documentos.

Los pliegos de condiciones pueden prever también que el oferente cumpla con determinadas normas ambientales o con iniciativas voluntarias (certificaciones de calidad, sello y etiqueta ambiental, etc.), lo que incrementa el estándar de protección ambiental y reduce la cantidad de oferentes, seleccionando los más calificados para participar.

Mediante el principio de selección objetiva la administración escoge la propuesta más favorable, de acuerdo con criterios de ponderación que, como se ha señalado, pueden incluir el aspecto ecológico.

Los recientes documentos preparatorios y fundamentales a la introducción del criterio ecológico en la contratación estatal en Bogotá son, entre otros, el Plan de Gestión Ambiental del Distrito Capital, “P.G.A. 2008-2038” (adoptado mediante la Resolución 3514 de 2010), y el Decreto 509 de 2009 (que adoptó el Plan de Acción Cuatrienal Ambiental –PACA– del Distrito capital 2009-2012). Y aunque son documentos con fines de planeación, contienen los lineamientos generales de las estrategias e instrumentos que deben tener presentes los organismos e instituciones distritales en el cum-

plimiento de sus funciones ambientales. Dichos documentos orientan la gestión ecológica de todos los actores distritales con propósito sostenible.

Por esa vía el Estado estimula indirectamente a las empresas y a los oferentes a ser ambientalmente productivos. El plan de gestión ambiental del Distrito contempla la adopción de mecanismos de producción limpia y durable (p. 50 y ss.), así como el uso eficiente del agua y de energías más limpias y seguras (p. 52).

Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables que se rigen por normas especiales, como las del sector minero y de hidrocarburos, deben incluir el criterio ecológico con mayor acento, de forma que los objetivos de cuidado y preservación del ambiente guíen las etapas contractuales. Igual ocurre con respecto al régimen de concesión de aguas (Ley 142, 1994, art. 39-1), donde se introducen obligaciones ambientales reforzadas en cabeza del concesionario, como la recuperación y el aprovechamiento sostenible del recurso.

Hemos visto que el contrato permite tanto al Estado como a los particulares acrecentar los mecanismos de protección del ambiente cumpliendo con los imperativos del OPE. De esa forma el manejo de los recursos naturales será más eficiente, se ahorrarán costos y se mejorará la gestión del riesgo. El uso de las herramientas de derecho privado constituye un complemento esencial e indisoluble que contribuye a una aplicación eficiente del derecho ambiental.

El contrato, o la contractualización, es un instrumento de difusión de la ley en la medida en que las partes que lo suscriben tienen la obligación de integrar el conjunto de obligaciones reglamentarias. Aquí el contrato es un instrumento de expresión de la ley (Lavoillotte, 2005: 299). También es la expresión del respeto de un orden establecido en favor de una cierta medida de control a la contaminación o degradación del ambiente, y como instrumento de difusión de la ley es dirigido y controlado con el objetivo de hacer respetar un orden que se instaure y se mantiene, el OPE.

El contrato puede favorecer la prevención del riesgo ambiental y los atentados al orden público; es un instrumento de estructuración social que funciona a la vez como coacción (prohibición de hacer algo) y como colaboración entre el poder público y los particulares.

Con el conocimiento de la normatividad y del instrumento contractual tanto los organismos estatales, como las personas jurídicas y naturales, mejoran su reputación y las oportunidades comerciales. Las industrias con mayor nivel de inversión pueden obtener ventajas en costos mediante la

reducción de contaminantes gracias a la aplicación de tecnologías limpias; y si la política ambiental proporciona los incentivos adecuados, la regulación puede estimular la innovación y aumentar la productividad.

Pasaremos ahora a estudiar las consecuencias —no solamente jurídicas—, que se derivan de la violación de la normatividad legal y del incumplimiento de las estipulaciones contractuales que el OPE cobija y protege celosamente.

II. LA APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECOLÓGICO

Aunque en apariencia el OPE pueda aparecer como una noción limitada en su esfera teórica, en la esfera práctica su aplicación resulta un poco más abierta. Este concepto traduce una visión del equilibrio y de la paz social que el gobierno debe establecer y garantizar. La responsabilidad ambiental sanciona los eventos donde el OPE fue transgredido (A). La responsabilidad no es exclusivamente un referente jurídico porque el movimiento tiende a hacer del OPE una responsabilidad ética mundial (B).

A. LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Que las actividades generadoras de perturbaciones sean fuente de responsabilidad no tiene nada de sorprendente (1). Lo que es importante es el régimen de responsabilidad ambiental que se aplica (2). En uno u otro caso se aborda principalmente la responsabilidad ambiental empresarial.

I. RESPONSABILIDAD AMBIENTAL, RESPUESTA NECESARIA A LA PERTURBACIÓN

La transgresión es la primera condición de aplicación del OPE. La transgresión del derecho y específicamente de la norma ambiental es proporcional a la afirmación del OPE.

El OPE se define también como el conjunto de hechos materiales que causan perjuicios al ambiente y que el Estado somete por ese motivo a una normatividad de policía (Caballero, 1981: 41). Aquel se podría describir enumerando cada una de las actividades reglamentadas y cuya violación entraña la aplicación de la responsabilidad ambiental. La responsabilidad es el hilo conductor del OPE porque si su conceptualización es difícil, lo es aún más el hecho de hacerlo respetar.

La violación de una norma precisa y preexistente oponiéndose a la producción de perturbaciones juega un rol considerable. En función de un análisis previo de la gestión de riesgos la normatividad establece un límite de tolerancia a la contaminación. La normatividad de policía ecológica interviene, entonces, como estándar de protección, y como se estudió es también la base del edificio contractual a pesar de que no todas las normas sean eficaces.

En materia ambiental el OPE se ocupa de prohibir y de proteger. El objetivo de la responsabilidad ambiental es sancionar al infractor –persona natural o jurídica– que cause daños al ambiente. En materia ambiental el Estado colombiano tiene la obligación de exigir y sancionar la reparación de los daños causados (art. 80-2 CP), ejercitar las funciones de policía, aplicar los principios ambientales –prevención, precaución, etc.– y controlar los factores de deterioro del ambiente. Llegado el caso, debe imponer las sanciones y exigir la reparación de los daños causados. Según Rodas (2005: 120), esas medidas son las que llevan al establecimiento de una especie de responsabilidad ecológica que no supone necesariamente una indemnización a favor del Estado, sino el deber, para el responsable, de restablecer el desequilibrio ecológico con las medidas necesarias e incluso con la sustitución de los recursos naturales.

Para algunos la responsabilidad puede ser tratada como una simple técnica jurídica (Belaidi, 2014: 7), que puede ser repensada en un dimensión preventiva gracias al concepto de OPE y a la valorización social que permite el ambiente.

De otro lado, el derecho ambiental ya se ha comprometido en ese sentido con la consagración del principio de precaución, refundado en la protección de la diversidad biológica, el cual tiene, indiscutiblemente, una importante dimensión ética dentro de la responsabilidad ambiental.

La responsabilidad busca declarar formalmente responsable a la persona cuya actividad ocasiona daños ambientales. Cuando un daño ambiental es efectivo se debe identificar a la persona llamada a responder (imputación) y demostrar la relación causal. El infractor asumirá de esa forma el costo de la reparación.

Desde hace algunos años los industriales se sienten más o menos comprometidos con la protección de la salud humana y los bienes ajenos, porque el régimen de responsabilidad existente se ha endurecido. Ahora bien, mediante la responsabilidad ambiental los actores económicos vienen a ser responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre

el ambiente. La responsabilidad analiza la explotación adecuada o no de los recursos naturales.

La responsabilidad ambiental es un instrumento del OPE por el cual el que causa un daño al ambiente está llamado a remediar sus efectos. Pero la responsabilidad solamente es eficaz cuando se identifica al infractor, se cuantifican los daños y se establece la relación de causalidad. Por lo anterior, su aplicación es problemática en los eventos de una contaminación difusa proveniente de varias fuentes.

La responsabilidad ambiental pone en marcha los principios de prevención, precaución y de quien contamina, paga; asegurando la restauración del ambiente. Los industriales son incitados por esa vía a tener un comportamiento más responsable.

El régimen de responsabilidad ambiental colombiano, retoma los elementos generales que estructuran la responsabilidad civil extracontractual: el hecho generador con culpa o dolo, el daño y la relación causal entre los dos¹⁶.

Como presupuesto básico de responsabilidad ambiental es indemnizable el daño físico, patrimonial, moral, etc., que sufre una persona. Cuando el daño es puramente ecológico difícilmente será indemnizable a menos que se determine una persona jurídica afectada. Es por esa razón que el proceso judicial gravita en torno a la vulneración de los derechos subjetivos de la persona. Derechos como la vida o la salud y sus derechos conexos para las personas naturales y, otros tipos de derechos en el caso de las personas jurídicas.

Ambos sujetos de derechos pueden ser convocados ante las instancias administrativas o judiciales, principalmente en materia ambiental, cuando su conducta implique un deber de reparación.

El daño es definido clásicamente como menoscabo, depreciación o vulneración de intereses individuales o individualizables (Briceño 2009: 18). Por ejemplo, llegado el caso, y al concurrir todos los elementos de la responsabilidad, habrá daño, no necesariamente indemnizable, cuando se afecta la persona o sus bienes por contaminación acústica, acuífera y atmosférica. De forma objetiva, cuando se perturban y agotan los recursos naturales con una explotación económica contraria al derecho.

16 Artículo 5-2 Ley 1333 de 2009.

Ahora bien, el OPE actúa a través del derecho con el fin de evitar el acaecimiento del daño. Puede ser mediante la norma jurídica y por intermedio de los principios ambientales¹⁷. De ahí la existencia de obligaciones de protección en sentido general –primera parte de este escrito–, y de obligaciones más específicas como las preventivas y precautorias¹⁸.

La prevención de inconvenientes proviene de las policías administrativas generales o especiales, mientras que su reparación, compensación y represión se encasillan en el derecho público y privado.

Si el daño es efectivo se aplican otros principios ambientales e intervienen paralelamente otro tipo de medidas jurídicas. Por un lado, afrontar las consecuencias del principio de reparación y del denominado “el que contamina, paga”¹⁹; por otro, exponerse a sanciones administrativas, multas, represión, compensación y restauración²⁰.

Discutible o no, la responsabilidad objetiva fue el régimen consagrado por el legislador colombiano. Se presume la culpa o el dolo del infractor quien, para exonerarse, tiene la carga de la prueba²¹.

Amaya (2010: 51-52) afirma que es “novedosa y criticable” la posición de la nueva ley, incluso respecto de la carga de la prueba, porque pone en peligro la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la presunción de inocencia. Por su parte, Osorio (2010), señala que en virtud de la Ley 1333 de 2009 el Estado está dispensado de producir la prueba suficiente para ejercer la potestad sancionadora (p. 62). La sola infracción basta para sancionar (explotación sin permiso, autorización o licencia previa obligatoria). El daño tampoco es necesario para que la infracción sea sancionable (p. 72).

La responsabilidad ambiental proviene, por una parte, de la acción u omisión que ocasione la violación de la norma ambiental –CNRN, Leyes 99 de 1993, 165 de 1994, etc.–, o de la acción u omisión que afecte un acto administrativo proferido por tal autoridad²², y de otra, es infracción ambiental el daño al ambiente acaecido con los mismos criterios de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil²³.

17 Artículo 4.º *ibíd.*

18 Artículos 4-2 y 36-39 *ibíd.*

19 Artículo 3.º *ibíd.*

20 Artículo 40 *ibíd.*

21 Artículos 1.º párrafo y 5.º párrafo 1.º *ibíd.*

22 Artículo 5-1 *ibíd.*

23 Artículo 5-2 *ibíd.*

El legislador retuvo, entonces, la infracción originada por la transgresión formal de la norma ambiental y la infracción producida por el daño ambiental. Esto se ha interpretado como un doble sistema de responsabilidad ambiental: subjetiva según la acción u omisión del infractor y objetiva como consecuencia directa del daño ambiental (Briceño, 2010: 111). Además, si la actividad es peligrosa, como es de usanza en las actividades económicas contaminantes, la responsabilidad es objetiva; en caso contrario la responsabilidad se demuestra por la culpa o el dolo, recayendo en la responsabilidad subjetiva.

El interrogante que surge tiene que ver con la eficacia del derecho ambiental y la responsabilidad industrial en caso de daño. La cadencia del progreso económico y de la producción industrial no tienen por qué verse afectadas cuando son respetuosas de la norma ambiental. El desarrollo científico y económico provoca nuevas responsabilidades, principalmente para la empresa. Por ejemplo, la obligación de limpieza y entrega de un terreno industrial apto a la reutilización posterior que estaba contaminado (Libro blanco sobre la responsabilidad ambiental: 14, 22, 55). Esta obligación pesa sobre el industrial, aunque no exista por ahora una teoría consolidada sobre los pasivos ambientales en derecho colombiano (Burgos, 2008: 135).

Mediante sus acciones las empresas ayudan a definir el alcance de los principios de prevención y responsabilidad dándose una cierta ética ambiental. Esto puede conducir a la creación de eco-industrias competidoras y a una mejor aplicación de la normatividad protectora del ambiente. Los industriales se apropian los riesgos, los integran a su actividad, y los transforman en valores, intereses y objetivos. Esto puede conducir a la firma de acuerdos de rama vinculando varios actores y apoyados en la responsabilidad compartida Estado-empresario (Política nacional de producción más limpia, 1997).

Las dificultades, las condenas y los riesgos sanitarios han condicionado a los industriales a integrar la problemática ambiental en su gestión cotidiana. Es la integración de las externalidades ambientales en la administración de la empresa (Lavoillotte, 2005: 305). Pero externalidad no entendida como la sanción cuantificable anticipadamente dentro del patrimonio de la empresa y que la habilitaría a contaminar, hecho que critica la doctrina (Briceño, 2010: 111). Anticipar y prevenir los riesgos es actualmente el verdadero desafío de los empresarios.