ÁLVARO HERNANDO CARDONA GONZÁLEZ*

*Análisis del decreto único reglamentario
del sector ambiente y desarrollo sostenible*

SUMARIO

Resumen. Introducción I. Antecedentes del Decreto Único Reglamentario. II. Características del Decreto. A. Previsiones a este análisis. B. Comentarios a la manera como se ajusta el decreto único reglamentario. III. Análisis de la organización del contenido del Decreto 1076 de 2015. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Después de mucho debatirse en Colombia la necesidad de realizar un esfuerzo por avanzar en la seguridad jurídica, mejorar la calidad de las normas y simplificar para el ciudadano la consulta de las reglas de comportamiento, al gobierno nacional se le ocurrió comenzar por la unificación de las prescripciones contenidas en los decretos reglamentarios en todos los sectores de interés de la sociedad. En materia ambiental esta codificación quedó incluida en el Decreto 1076 de 2015.

Sin embargo, este ensayo devela las dificultades que esta única reglamentación aún debe superar para asegurar el cumplimiento de los objetivos que se trazaron en el Documento Conpes 3816 de 2014, acordado para definir una política pública destinada a mejorar la normativa y cumplir con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); al fin y al cabo lo que se debe lograr es mejorar la administración de la economía, implementar políticas públicas, y corregir y estimular los comportamientos positivos de los miembros de la sociedad.

PALABRAS CLAVE

Derecho ambiental, desarrollo sostenible, legislación, medio ambiente, políticas públicas, recursos naturales, seguridad jurídica.

* Abogado, magíster en Derecho de los Recursos Naturales; docente y miembro del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Ambiental de la Universidad Externado de Colombia; Procurador Agrario y Ambiental de Boyacá. Correo electrónico: alvarohcardona@hotmail.com.

ABSTRACT

After much debate in Colombia about the need to make an effort to advance in legal security, improve the quality of the rules and simplify for citizens the consultation of the rules of behavior, the National Government came up with the idea of unifying the prescriptions contained in the regulatory decrees in all sectors of interest to society. In environmental matters this coding was included in Decree 1076 of 2015.

However, this essay reveals the difficulties that this single regulation has yet to overcome in order to ensure compliance with the objectives set out in Document Conpes 3816 in the year 2014 agreed to define a public policy for the improvement of regulations, and thereby comply with the recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE); After all, what must be achieved is to improve the administration of the economy, implement public policies and correct and stimulate the positive behavior of the members of society.

KEYWORDS

Environmental Law, Sustainable Development, Legislation, Environment, Public Politics, Natural Resources, Legal security.

INTRODUCCIÓN

En una entrevista que concedió hace algún tiempo a Diego Corrales Jiménez (2013: 132-133), la actual vicepresidenta de Colombia, Marta Lucía Ramírez, sostuvo que, sin importar el tipo de gobierno, la institucionalidad, el orden y el Estado de derecho constituyen las bases innegociables de la organización social, los pilares fundamentales de la democracia, lo cual nos permite recordar brevemente que, desde una posición jurídica simplista, la expresión Estado de derecho es redundante, por cuanto “todo Estado es creador del Derecho que en el mismo rige”; sin embargo, normalmente los juristas entendemos por Estado de derecho aquella sociedad, políticamente organizada, “donde la ley está por encima de los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos” (Cabanellas, 1997: 571).

Las sociedades modernas se fundamentan y justifican en la medida en que adoptan un sistema normativo en el cual todos, gobernantes y goberna-

dos, están sujetos a las mismas reglas de comportamiento, lo que garantiza la mejor convivencia posible y la administración de lo público en todos los sectores de su interés.

Es creciente la toma de conciencia respecto de que las instituciones jurídicas y políticas han servido de soporte y han sido agentes concurrentes durante las crisis, y en ese sentido el derecho ha cumplido un papel sancionador de injusticias, a la vez que ha velado por paliar las desigualdades y contradicciones de las naciones y los pueblos (Sánchez, 1994: 72).

Entre los sectores mencionados, el ambiental adquiere cada vez mayor relevancia para las sociedades.

Más que en un problema social o económico, el medio ambiente se ha convertido fundamentalmente en un problema político, como quiera que tiene que ver con las relaciones de poder, lo que compromete en forma perentoria a los poderes públicos. (Amaya Navas, 2000: 9).

En igual sentido se han expresado, entre otros: Alejandro Venegas Franco cuando fungió como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (2006: 21); el tratadista de derecho administrativo Jaime Vidal Perdomo (1994: 2), quien destaca la aparición fuertemente acentuada de las necesidades colectivas, que al incorporar normas o servicios se tornan en centro de atención del derecho administrativo; los noveles tratadistas caqueteños Francisco Javier Rivera Olarte y Lina Fernanda Rojas Quinayá (2017: 12) cuando hablan de la responsabilidad por daño ambiental, y enfatizan cómo los Estados han tenido que actualizar sus legislaciones para ponerse a tono con la tendencia creciente de la humanidad de preocuparse prioritariamente por su entorno natural; el consagrado consultor José Vicente Zapata Lugo (1997: 11-12), y, por supuesto, las declaraciones de Estocolmo en 1972 (sobre medio ambiente humano) y Río de Janeiro (sobre medio ambiente y desarrollo) de las Naciones Unidas, que veinte años después irrumpieron con gran impacto en nuestra “Constitución Ecológica”, y que mantienen su importancia.

A partir de la preocupación creciente y continua que representan los problemas ambientales para la humanidad, y de la necesidad de los Estados y las sociedades de incorporar normas y regulaciones para mitigarlos o resolverlos, es que podemos justificar la importancia de analizar la compilación de todos los decretos reglamentarios que se ocupan del uso de los recursos naturales renovables y de los demás elementos ambientales o de la

forma de manejar los impactos ambientales que surgen de la ejecución de obras o proyectos¹.

Ese decreto único reglamentario puede facilitar el cumplimiento de la orden constitucional impartida a los jueces (art. 228) en el sentido de dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal en el sector ambiental, cerrando así el paso al formalismo. No en vano en su Sentencia T-154 del 24 de abril de 2018 la Corte Constitucional señala los efectos que puede acarrear el exceso de ritualismo o formalismo propios de nuestra historia jurídica: “... la aplicación desproporcionada de una ritualidad o formalismo que lleva a desconocer la verdad objetiva de los hechos puestos en consideración del juez o la administración”. Por eso en la misma sentencia ha concluido que:

Las autoridades judiciales o administrativas deben observar las formas y procedimientos propios de cada trámite. No obstante, la aplicación de las normas procesales no puede convertirse en un proceder automático, porque con ello podría desconocerse la verdad jurídica objetiva evidente de los hechos (Corte Constitucional, 2018).

También el Decreto Único Reglamentario del sector Ambiente y Desarrollo Sostenible puede ser un paso en la dirección correcta para cubrir con la mayor seguridad jurídica posible el uso de los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales, o el manejo de los impactos ambientales que acarrea la ejecución de obras o proyectos. Ciertamente, en nuestro país la incertidumbre jurídica continúa siendo una de las principales limitantes de la competitividad, factor de incidencia en los negocios, en la formación de empresas y, por ende, en el nivel de crecimiento de la economía.

Es fundamental promover la certidumbre y la certeza jurídica para evitar cambios inesperados en las reglas de juego, inconsistencia en la aplicación e interpretación de las normas y la falta de claridad en los criterios de vigilancia en lo público (ANDI, 2019).

Recordando las reflexiones que hiciera para un artículo jurídico R. E. Guacaneme (2017: 2), desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial la seguridad jurídica se ratifica como uno de los conceptos fundamentales del derecho. Sin embargo, en Colombia existe exceso de reglamentación, en

1 Al respecto cabe revisar el texto del artículo 3.º del Decreto Ley 2811 de 1974.

especial de normas de menor categoría, como circulares o resoluciones, que pretenden derogar o modificar decretos, ya que por el descuido y falta de rigorismo en las mecánicas regulatorias, pese a que una ley se reglamenta por decreto, en ocasiones son necesarias varias resoluciones u otros decretos para que se pueda aplicar. Así que, volviendo a las anotaciones de Guacaneme, estamos de acuerdo con que estas vigencias escalonadas generan inseguridad jurídica y dan pie para que cada funcionario y usuario tenga su propia interpretación respecto de la norma vigente en un momento determinado o en una situación particular.

La experiencia internacional ha puesto en evidencia la confluencia de tres elementos mínimos mediante los cuales se puede mejorar la calidad de las normas: i) Una política explícita con respaldo de alto nivel gubernamental; ii) Una institucionalidad especializada encargada de la ejecución de la política, y iii) Las herramientas para implementar y asegurar estándares de calidad (Conpes 3816, 2014). ¿Cabe el Decreto 1076 de 2015 dentro de esta estrategia?, ¿contribuye a cerrarle el paso al exceso de formalismo y al desvío ocasional de la justicia para resolver materialmente los conflictos en materia ambiental de la sociedad colombiana?, ¿contribuye también a dotar de seguridad jurídica al país?

No es fácil hallar un texto que permita, especialmente a los estudiosos del derecho ambiental colombiano, analizar el decreto que busca compilar todos los reglamentarios que se han expedido y están vigentes en la materia, y con ello propiciar su ajuste para que esta única codificación se revista de coherencia, sistematización normativa, evite las repeticiones innecesarias, facilite la consulta por el ciudadano común e impulse la adecuada y eficaz interpretación por los operadores. Confiamos en que este ensayo sirva para absolver los interrogantes planteados.

I. ANTECEDENTES DEL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO

Es el presidente de la República de Colombia quien tiene la facultad en “materia normativa o reglamentaria [...] cuando sea indispensable [...] hacer posible su cumplimiento”, por así permitirsele el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia (Santofimio, 1996: 450).

El artículo 2.º de la Ley 99 de 1993 establece que el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible),

... formulará, junto con el presidente de la República y garantizando la participación de la comunidad, la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables, de manera que se garantice el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano y se proteja el patrimonio natural y la soberanía de la Nación [y] coordinar el Sistema Nacional Ambiental (SINA).

Más adelante esta ley previó que

Coherente, luego la misma norma prevé (art. 4.^o): “El Sistema Nacional Ambiental (SINA) es el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales...”. Y en su primer numeral, que hacen parte del SINA “Los principios y orientaciones generales contenidos en la Constitución Nacional, en esta ley y en la normatividad ambiental que la desarrolle” (cursiva fuera de texto).

El artículo 116 de la Ley 99 de 1993 autorizó al presidente de la República, en ejercicio de sus funciones constitucionales (que mencionaremos adelante), y para el cumplimiento de lo dispuesto, proceder a: dictar las normas necesarias para poner en funcionamiento el que hoy se denomina Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, definir el resto de su estructura orgánica interna, distribuir sus funciones, y crear y proveer su planta de personal; dictar normas para suprimir, modificar, fusionar o redistribuir las funciones de los ministerios o entidades que habían tenido competencia ambiental y la administración de los recursos naturales renovables; dictar normas para modificar el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” (IGAC), la División Especial de Política Ambiental, las Corporaciones Autónomas Regionales (DEPAC), y la Unidad de Estudios Agrarios (UDA), el Departamento Nacional de Planeación y el Instituto de Adecuación de Tierras (INAT); dictar normas para organizar y reestructurar al Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” (INVEMAR); dictar normas para organizar y establecer el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt”, el Instituto Amazónico de Investigaciones “SINCHI”, y el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “John von Neumann”; dictar las medidas necesarias para establecer, organizar o reformar y poner en funcionamiento las corporaciones autónomas regionales y las corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por esta ley, de conformidad con lo allí dispuesto (lo cual se cumplió en su momento de manera parcial por el Dcto. 1768 de 1994),

así como lo pertinente a la naturaleza jurídica del patrimonio de las CAR, y reglamentar el SINA, entre otras.

Posiblemente de esa manera se entienda que actualmente el Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015 es la única compilación de las normas expedidas por el gobierno nacional en cabeza del presidente de la República, referidas a la estructura administrativa del sector, al uso de los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales, y al manejo de los impactos al ambiente natural. Por eso dicha iniciativa recogió en un solo cuerpo normativo todos los decretos reglamentarios vigentes expedidos hasta ese momento que desarrollan las leyes en materia ambiental. De ahí que inicialmente este decreto no contenga ninguna disposición nueva ni modifique las existentes aunque, como se verá, bajo las mismas facultades constitucionales reglamentarias se han venido expidiendo decretos con la diferencia de que estos no solo van reformando reglas vigentes sino que las van “insertando” para que hagan parte del Decreto 1076. Esta última característica es la que le permite llamarse “único”.

¿Pero, qué propició que después de tanto tiempo de ejercer las facultades reglamentarias, el gobierno nacional tomara la iniciativa de compilar en decretos únicos sectoriales, todos aquellos de esa naturaleza que estuvieran vigentes y fueran aplicables para cuando se expidieron? Al parecer son dos las razones para ello: 1) Hacer caso a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para permitir el ingreso de Colombia en esa organización, pues no en vano la OCDE describe la “mejora normativa” como una de las tres palancas que, conjuntamente con la política fiscal y monetaria, permiten una mejor administración de la economía, la implementación de políticas y la corrección o estímulo de comportamientos de los miembros de una sociedad (OCDE, 2011: 8), y 2) Culminar un proceso de depuración normativa que buscaba eliminar del ordenamiento jurídico normas obsoletas, en desuso y derogadas, sobre todo tácitamente, liderado por el actual Ministerio de Justicia y del Derecho que alcanzó a identificar aproximadamente 20 mil de ellas² (Gutiérrez, 2019a). No en vano las acciones para la mejora normativa estuvieron lideradas por el Ministerio de Justicia y del Derecho, respondiendo a la recomendación de la misma OCDE.

2 Mediante el Decreto 1052 del 2014 se creó la Comisión Intersectorial para la Armonización Normativa.

Con la expedición del Conpes 3816 de 2014 se incluyeron las acciones de mejora normativa en una política pública que, con posterioridad al Decreto 1299 de 2018, reconoció que busca optimizar “la calidad en la producción de las normas, su impacto, la racionalización del inventario normativo, la participación y consulta pública en el proceso de elaboración de las normas, la generación de capacidades dentro de la administración pública, al igual que la defensa y la divulgación del ordenamiento jurídico” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2019).

II. CARACTERÍSTICAS DEL DECRETO

Como lo expresa el actual consejero de estado, experto jurista-ambientalista y ex viceministro de ambiente, Óscar Darío Amaya Navas (2002: 22) “Es misión del derecho regular la utilización racional de los recursos naturales y promover, a través de un aparato administrativo eficaz y de una normatividad idónea, la compatibilidad entre el desarrollo y la protección del ambiente”. No dudamos que eso pretende el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015.

Como se verá más adelante en detalle, este decreto está organizado en libros, cada libro en partes, cada parte en títulos, cada título en capítulos y cada capítulo en secciones, de manera idéntica a los otros veintidós decretos sectoriales administrativos que se expidieron. Casi todos los decretos únicos, incluido el del sector ambiente y desarrollo sostenible, se expidieron el 24 de mayo de 2015, de ahí su numeración consecutiva. El decreto 2420 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la Información y se dictan otras disposiciones”, que por cierto escapa en mucho al sentido de los decretos iniciales, fue expedido el 14 de diciembre de 2015 y solo tiene dos libros, no tres como la mayoría.

Merece una mención especial el hecho de que el decreto único no contempló un índice de contenidos, por supuesto propio de los caracteres de nuestra normatividad, lo cual aún hoy la doctrina tampoco se ha atrevido a suplir. De ahí que sea importante darle a la organización general (libros, partes, títulos, capítulos y secciones) mayor armonía y facilitar no solo la consulta, ubicación de los temas o contenidos, sino su divulgación.

Tratamos de establecer algún criterio para organizar el Libro 2 que es el que contiene la parte “sustancial” del sector pero no lo hallamos; por ejemplo, que el orden de tratamiento de los recursos naturales renovables

se hubiera hecho por orden alfabético, pero lo descartamos porque el Título 2 trata de biodiversidad, luego de fauna, a continuación de áreas de manejo especial, posteriormente de licencias ambientales y luego de aguas continentales (aguas no marítimas). También descartamos que se hubiera organizado cronológicamente de acuerdo a los años de expedición de los decretos reglamentarios compilados, pero tampoco, porque el primero que se cita es el Decreto 1791 de 1996, luego aparece el 331 de 1998, luego el 877 de 1976 y así sucesivamente. Sin embargo, es claro que se agruparon por tipo de recurso natural renovable y no por norma y/o fecha de expedición.

El decreto único reglamentario terminó asimilándose al Decreto ley 2811 de 1974 por la organización compartimentada de las prescripciones legales que contienen. Como lo venimos anotando este y el primero organizan los artículos jurídicos por tipo de recurso natural renovable o elemento natural regulado. Aunque se hizo un intento por una mayor sistematización en el segundo: biodiversidad, gestión ambiental, etc., se encontraron disposiciones sobre “gestión institucional” (Título 8: 494 y ss.) que deshacen esa percepción.

A. PREVISIONES A ESTE ANÁLISIS

Debemos prevenir que este análisis se hace a partir del texto del decreto examinado, tal como se suscribió originalmente por el entonces Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Gabriel Vallejo López, el 26 de mayo de 2015. En consecuencia, el texto que sirvió de base para el análisis y los comentarios que se siguen, no corresponde al que está vigente, el cual ya ha sufrido varias modificaciones por haberse expedido varios decretos modificatorios que cambian la numeración del articulado y aumentan, como es lógico, la paginación total.

En el Decreto 1076 quedaron compilados aproximadamente 1.650 artículos que estaban dispersos en 84 decretos reglamentarios, lo cual exigió realizar el inventario de los decretos reglamentarios vigentes, analizarlos con el fin de evitar introducir normas derogadas y actualizar, en las normas existentes y que se estaban compilando, la denominación de las entidades para ajustarlas a las modificaciones institucionales.

Aunque desde antes de la entrada en vigencia de este nuevo cuerpo normativo parecía evidente que la simple codificación terminaría con un sinnúmero de inconsistencias y con la carencia de sistemática jurídica, la ex-

pedición de la reglamentación única para el sector generó un efecto contrario al pretendido (Amaya Arias, 2019), agravado por el absurdo que suponen las excesivas modificaciones o adiciones. Por solo poner dos ejemplos: durante 2017 se le hicieron al Decreto 1076 once modificaciones o adiciones, y en 2018 otras once. Aunque lo que se buscaba con la compilación inicial era que, pese a las modificaciones, habría una compilación única o un único texto legal de reglamentación, es obvio que para efectos de un análisis sistémico tal circunstancia no ha significado una ayuda.

B. COMENTARIOS A LA MANERA COMO SE AJUSTA EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO

Transcurrido un año desde la expedición de los primeros veintidós decretos únicos reglamentarios, el gobierno ya había realizado en ellos más de cien modificaciones, “lo que obliga a preguntarse si el mecanismo elegido fue efectivo” (Gutiérrez, 2019b). Es por eso que nos parece pertinente hacer unas breves reflexiones acerca de la noción y alcance de lo que se denomina la seguridad jurídica, y qué mejor para ello que recordar lo que la Corte Constitucional (2002) ha sostenido de manera reiterada³: que la seguridad jurídica es un principio que irradia todo nuestro ordenamiento, precisando que comprende varias dimensiones.

En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado.

3 Al respecto cfr., entre otras, la Sentencia T-250 de 2012.

En ese marco de referencia no creemos que el Decreto 1076 de 2015 vaya a garantizar el principio de seguridad jurídica para el sector ambiente y desarrollo sostenible. Y bastaría anotar lo siguiente para argumentarlo: 1. Por supuesto que el decreto único no se expidió precisamente con ese propósito sino con el de compilar y racionalizar las normas sectoriales (cfr. el párrafo 6 de sus considerandos). Más bien es una manera de compendiar los decretos existentes, tratar de sistematizar sus prescripciones para facilitar su consulta y la identificación de normas repetidas y derogadas o por derogar; 2. La facultad reglamentaria del ejecutivo no se agota con la expedición del decreto único, y 3. De acuerdo con nuestra investigación, al decreto único se le ha hecho el siguientes número de ajustes: en 2018 once, en 2017 once, en 2016 tres y en el mismo año de expedición, 2015, una. Este último ajuste anotado ya presagiaba la precariedad de permanencia de las disposiciones que se compilaron del sector ambiente y desarrollo sostenible.

Merece una mención especial el hecho de que en 2015, como lo acabamos de mencionar, se expidiera el Decreto Reglamentario 1956 del 5 de octubre, “Por el que se efectúan unas precisiones al Decreto 1076 de 2015”, por medio del cual se corrigieron doce prescripciones incluidas en el texto original del decreto único reglamentario. Lo anterior se hizo en uso de las facultades que el artículo 45 del vigente Código de Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) permitía:

En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.

Correcciones que de todas maneras no minimizan el hecho de que, sin terminar aún el año de expedición del Decreto 1076, se consideró necesario hacerle la primera modificación legal, lo que ocurrió con el Decreto 1850 pues, de hecho, primero se hizo la actualización normativa y luego las correcciones anotadas.

También es importante señalar que ya se han empezado a aplicar las disposiciones específicas del decreto como el uso de las facultades que le otorga al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por ejemplo, cuando mediante la Resolución n.º 1259 del 10 de julio de 2018 se señalaron

“los casos en los que no se requerirá adelantar trámite de modificación de la licencia ambiental o su equivalente, para aquellas obras o actividades consideradas cambios menores o de ajuste normal dentro del giro ordinario de los proyectos del sector minero”. En este caso concreto se puso en ejercicio la facultad del Parágrafo 1 del artículo 2.2.2.3.7.1.

III. ANÁLISIS DE LA ORGANIZACIÓN DEL CONTENIDO DEL DECRETO 1076 DE 2015

Hechas las previsiones del texto que hemos tomado del Decreto 1076 de 2015 para estudiar su contenido y alcances, a continuación se muestra cómo quedó organizada la compilación:

Considerandos

Libro 1. Estructura

Parte 1. Sector central

Título 1. Cabeza del sector

Título 2. Unidades Administrativas Especiales

Parte 2. Sector descentralizado

Título 1. Entidades adscritas

Título 2. Entidades vinculadas

Título 3. Órganos, comités y consejos de asesoría y coordinación

Título 4. Fondos especiales

Título 5. Organismos autónomos

Libro 2. Régimen reglamentario del sector ambiente

Parte 1. Disposiciones generales

Título 1. Objeto y ámbito de aplicación

Parte 2. Reglamentaciones

Título 2. Biodiversidad (flora silvestre, aprovechamientos forestales, conservación de los recursos naturales en predios rurales, ejercicio de la caza, entre otros)

Título 3. Aguas No Marítimas

Título 4. Aguas Marítimas

Título 5. Aire

Título 6. Residuos peligrosos

Título 7. Prevención y control de la contaminación ambiental por el manejo de plaguicidas

Título 8. Gestión institucional

Título 9. Instrumentos financieros, económicos y tributarios

Título 10. Régimen sancionatorio

Libro 3. Disposiciones finales

Parte I. Derogatoria y vigencia

Una vez expuesta la organización general, los análisis y comentarios que creemos es pertinente dejar anotados son los siguientes: primero, aunque ya habíamos señalado que el Decreto 1076 hace parte de un conjunto de veintidós codificaciones de reglamentaciones únicas sectoriales, cabe agregar que el esfuerzo para compilarlo no fue exclusivo y por tanto respondió a los mismos intereses e intenciones que todos los demás. No se trató, pues, de una estrategia ambiental sino de una regulatoria que atendía más a la urgente necesidad de considerar las exigencias para ingresar a la OCDE (Gutiérrez, 2019c). Segundo, como todos los decretos únicos expedidos, este se inicia con un rótulo de Considerando (pp. 1 y 2) que, como es frecuente en la normatividad nacional, contiene tres aspectos: 1. La justificación o necesidad de su elaboración y expedición; 2. El marco legal en el que se funda, que por cierto solo se refiere a la facultad reglamentaria del poder ejecutivo consagrada en la Constitución Política, y 3. El objeto por el cual se expide la norma.

Sinteticemos. El Decreto 1076 de 2015, está organizado de manera general, en tres libros: Libro 1. Estructura (p. 2), Libro 2. Régimen reglamentario del sector ambiente (p. 9), y Libro 3. Disposiciones finales (p. 652). Respecto de los libros, forma general de dividir u organizar todo el articulado del decreto, cabe mencionar dos curiosidades: la primera es que se mantiene la histórica forma de hacerlo en nuestra vida republicana, es decir, el Código Civil adoptado mediante el artículo 1.º de la Ley 57 de 1887, aún vigente que compila todas sus reglas en cuatro libros; la segunda es que, revisados los decretos sectoriales únicos de justicia, derecho (Dcto. 1069 de 2015) y transporte (Dcto. 1079 de 2015), es posible suponer que todos los decretos únicos sectoriales tienen tres libros organizados de manera similar.

Entonces, en los libros comentados son tres los aspectos recogidos: la estructura del sector correspondiente, todas sus reglas y las disposiciones finales que prácticamente se limitan a indicar qué queda derogado con la expedición de estas compilaciones. Así que las motivaciones y el contenido particular o sectorial quedan descritos en los considerandos. Es curioso por-

que si seguimos comparando el decreto reglamentario con el Código Civil, este describe el objeto en su artículo 1.º y el Decreto 2811 de 1974, el cual es dable suponer que ha sido reglamentado por el Decreto 1076 de 2015, describe su objeto en el artículo 2.º (una particularidad que debe servir para una futura modificación).

De los considerandos destacamos, en primer lugar, que las disposiciones que integran el Libro 1 sobre Estructura no parecen tener naturaleza reglamentaria, como quiera que se limitan a describir la estructura general administrativa nacional del sector. Se puede apreciar que se refiere a la estructura institucional más destacada del Sistema Nacional Ambiental (SINA) porque no la contiene toda, y sobre todo, prácticamente nada respecto de las entidades territoriales. Más aún, es una verdadera compilación en cuanto recoge las entidades que se crearon con la Ley 99 de 1993 (el ministerio, los institutos de investigación e información ambiental, los órganos de asesoría y los fondos especiales) y las unidades administrativas especiales que se reorganizaron (Parques Nacionales Naturales de Colombia) y que se crearon (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales) en 2011⁴. En segundo lugar, que como el decreto único es una compilación de reglamentaciones preexistentes, sus considerandos, contenidos en decretos de esa naturaleza, están incorporados, así no se transcriban, lo cual puede en un momento dado, y por las razones que en el capítulo anterior de este análisis y otras que iremos exponiendo, ser motivo de equivocadas interpretaciones.

Pero no podemos terminar un análisis del Decreto Único Reglamentario sin hacer sugerencias para los ajustes que ya se evidencian como necesarios. La primera es incluir en la Parte 1 sobre disposiciones generales, que trae el Libro 2 sobre Régimen Reglamentario del Sector Ambiente, que todas las actividades de preservación y manejo de los recursos naturales y el ambiente son de utilidad pública e interés social, con lo cual se evitaría repetir expresiones para casos particulares que en una codificación no se justifican. Así sucede, por ejemplo, en los siguientes artículos: “2.2.1.2.1.2. *Utilidad pública e interés social*. De acuerdo con lo establecido por el artículo primero del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, las actividades de preservación y manejo de la fauna silvestre son de utilidad pública e interés social”; “2.2.2.1.3.9. *Sustracción de*

4 Referimos a los decretos con fuerza de ley 3572 y 3573 de 2011.

áreas protegidas. La conservación y mejoramiento del ambiente es de utilidad pública e interés social [...]; “2.2.2.1.9.4. *Expropiación de tierras.* Conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 2.^a de 1959, las zonas establecidas como parques nacionales naturales son de utilidad pública ...”; “2.2.3.2.1.2. *Preservación, manejo y uso de las aguas.* La preservación y manejo de las aguas son de utilidad pública e interés social, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1.º del Decreto ley 2811 de 1974”; “2.2.3.2.14.2. [...] Se considera de utilidad pública o interés social la preservación y el manejo del recurso agua al tenor de lo dispuesto por el artículo 1.º del Decreto-ley 2811 de 1974”; “2.2.8.9.1.3. *Del carácter de la información ambiental.* De conformidad con los artículos 11 y 23 del Decreto ley 2811 de 1974, declárase como de utilidad pública la información relativa a la calidad ambiental y a la oferta y estado de los recursos naturales renovables”. A este mismo asunto cabría aplicar lo que el artículo 107 de la Ley 99 de 1993 establece cuando prevé: “Las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares”.

Otra sugerencia es que el Libro 2 sea reorganizado más sistémicamente, por cuanto incluye el Régimen Reglamentario del Sector Ambiente y contiene, por un lado, el Título 2 de la Parte 2 que trata, entre otros aspectos, de Biodiversidad (flora silvestre, aprovechamientos forestales, conservación de los recursos naturales en predios rurales, ejercicio de la caza, entre otros), y por otro el Título 2, que trata entre, otros aspectos, de Gestión Ambiental (áreas de manejo especial, sistema de parques nacionales naturales, reservas, licencias ambientales, audiencias públicas, permisos de recolección y otros). Así que lo que proponemos es dejarlo más acorde con lo dispuesto en el artículo 3.º del Decreto ley 2811 de 1974 en cuanto a que el libro tenga tres títulos: uno para regular los usos de los recursos naturales, otro para regular el uso o administración de los denominados elementos ambientales y otro para incluir todo lo concerniente al manejo de los impactos ambientales por obras o proyectos, es decir, la licencia ambiental (en sus dos modalidades actuales) y el plan de manejo ambiental (para el régimen de transición), incluyéndolo como instrumento para la administración de los demás impactos generados por obras o proyectos que no requieran licencia previa pero que lo ameriten.

Finalmente, sugerimos examinar cuidadosamente los deberes de las autoridades para ejercer la vigilancia y el control ambiental porque, por una parte, se repiten con frecuencia las referencias a este deber, y por otra se incluyen similares prescripciones normativas, sobre diversos temas o recur-

sos naturales, que impiden distinguir si estas atribuciones solo las ejercen entidades ambientales o de otro tipo. Por ejemplo, tengamos en cuenta, entre otros, los artículos “2.2.1.2.4.3. *Permiso, autorizaciones o licencias*. Los permisos, autorizaciones o licencias para el aprovechamiento de ejemplares o productos de la fauna silvestre son personales e intransmisibles y no autorizan el ejercicio de actividades *cuyo control corresponda a otras entidades o agencias del Estado*, ni menos aún la extracción de elementos, productos o bienes *cuya vigilancia y control corresponda a ellas*”; “2.2.1.2.26.3. *Deber de colaboración*. A las entidades regionales que por ley sólo tengan la función de proteger y promover la fauna silvestre, les corresponde desarrollar las funciones señaladas en las letras a, c, d y g del artículo 258 del Decreto ley 2811 de 1974 *y colaborar en la vigilancia y control del cumplimiento de las normas de protección del recurso*”; “2.2.3.2.25.2. *Sistema de control y vigilancia*. En desarrollo de lo anterior y en orden de asegurar el cumplimiento de las normas relacionadas con el aprovechamiento y conservación de las aguas no marítimas, la Autoridad Ambiental competente organizará el sistema de control y vigilancia en el área de su jurisdicción, con el fin de:...””; “2.2.5.1.6.3. *Funciones de los departamentos*. En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 64 y concordantes de la Ley 99 de 1993, corresponde a los departamentos, en relación con la contaminación atmosférica: [...] d) Ejercer funciones de control y vigilancia departamental de la contaminación atmosférica ocasionada por fuentes móviles”; “2.2.6.2.3.5. *Vigilancia y control*. Las autoridades ambientales competentes controlarán y vigilarán el cumplimiento de las medidas establecidas en el presente decreto en el ámbito de su competencia. Lo anterior, independientemente de las funciones de prevención, inspección, control y vigilancia que compete a las autoridades sanitarias, policivas, de comercio exterior, de aduanas y transporte, entre otras, según sea el caso” (cursivas fuera de texto).

CONCLUSIONES

De acuerdo con el profesor del Instituto de Bioética, de la Pontificia Universidad Javeriana, Esteban Rossi Idarraga (2019) son cuatro los criterios que permiten analizar los desafíos que deben enfrentar las instituciones públicas sectoriales en materia ambiental y que facilitan identificar cómo resolver los conflictos ambientales: El primero, la erradicación de la pobreza. Muy sintonizado con los principios del desarrollo sostenible que la Constitución

Política de Colombia incluye⁵, menciona que en los países en vías de desarrollo, la lucha contra la pobreza debe ser la prioridad más importante y que por tanto, “es fundamental alinear las agendas ambientales con los objetivos de desarrollo ya que si las agendas ambientales chocan con el bienestar la población se generan conflictos”. Así que si tenemos presente que “el uso inadecuado de los recursos se encuentra ligado a la pobreza”, el ambientalismo debe apoyar los objetivos de desarrollo que a su vez sostiene que el avance hacia la sostenibilidad depende de la superación de la miseria. El segundo, la urgente necesidad de fortalecer las instituciones. Coincidimos que la implementación de las políticas públicas ambientales “depende principalmente de las instituciones”, aún pese a pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la necesidad de que estas incluyan en sus procesos de discusión y adopción la participación social (Corte Constitucional, 2002). Desafortunadamente, la política pública es deficiente, no es incluyente, no tiene normalmente indicadores de cumplimiento y por tanto escasamente se evalúa. Aunque no es la única causa, y faltaría mencionar la multiplicidad de instituciones creadas para definir la política y ejercer la acción ambiental, la gestión se torna ineficaz y genera conflictos. El tercer criterio, recomienda dedicar esfuerzos por mejorar el acceso a la información. Si la política pública debería ser participativa, la acción ambiental también lo debe ser. En consecuencia tanto la toma de decisiones (políticas) y la ejecución de la normatividad (acción) requiere de difusión, discusión y determinación de datos científicos, y esto “es vital para la gestión”. La información nacional aún es precaria y debe seguirse “avanzando en el uso de información científica para la toma de decisiones”. Y finalmente, el cuarto criterio, tener en cuenta que los conflictos ambientales reflejan diferencias ideológicas, muy evidente en esta etapa de nuestra historia social y política. Sostiene Rossi que “no debe sorprender que líderes de izquierda y derecha, utilicen las causas ambientales como una bandera política y propongan soluciones acordes con sus intereses”.

Basados en los anteriores criterios sostenemos que, por su estabilidad y aplicación uniforme, el papel de la norma jurídica debe ser brindar seguridad a la sociedad, de forma que contribuya al aclimatamiento social, resuelva pacíficamente la incompatibilidad de la pobreza con la sostenibilidad, incluya

5 “Artículo 80: el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

instrumentos para evitar la politización de las causas ambientales, modifique y racionalice las instituciones, e imponga que sus decisiones se basen exclusivamente en datos confiables y públicos.

En materia ambiental esta codificación quedó incluida en el Decreto Reglamentario 1076 de 2015. Sin embargo, el trabajo de unificación, racionalización y simplificación no está concluido, y tal vez apenas comienza, por lo que se debe empezar por recordar el origen de esta disposición, qué se logró con ella y cómo quedó organizada y demostrar que es un paso decisivo en los propósitos esbozados; sin embargo, como hemos señalado que debería ocurrir con la política pública, y precisamente por ello, también debe revelar el trabajo por hacer y las líneas de acción para finalizar con la intención.

¿Se puede predecir que la expedición del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible garantiza que no sigamos con la tendencia de expedir normas para todo y excedernos en las regulaciones? Francamente no lo creemos. Más aún, calculamos que al menos en las primeras etapas de su existencia lo que ocurrirá será todo lo contrario, porque como hemos anotado, sin tardanza habrá que realizar una tarea de revisión integral de la normatividad sectorial que corrija la compilación sin armonizar los decretos reglamentarios individuales y sectorizados, lo cual es absolutamente necesario para evitar repeticiones y contradicciones o complejidades en la correcta aplicación e interpretación.

Incluso, sería deseable que lo más pronto posible las modificaciones normativas abordaran la tendencia, incluso nacional, como ha ocurrido en algunos otros campos, por ejemplo en el derecho agrario con el Decreto ley 902 de 2017, de unificar los procedimientos o ritos para resolver las solicitudes de concesiones o permisos que permiten obtener el derecho al uso de los recursos naturales renovables⁶.

6 Al respecto cabe revisar lo que propusimos con bastante amplitud en el artículo “Características generales y clasificación de los trámites ambientales” (CARDONA GONZÁLEZ, 2017: 97-124).

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA ARIAS, A. M. “Inconsistencias normativas del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, Decreto 1076 de 2015, en Materia Forestal”, en blog del Departamento de Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, agosto 6 de 2015, disponible en [<https://medioambiente.uexternado.edu.co/inconsistencias-normativas-del-decreto-unico-reglamentario-del-sector-ambiente-y-desarrollo-sostenible-decreto-1076-de-2015-en-materia-forestal/>].
- AMAYA NAVAS, Ó. D. *La Constitución Ecológica de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002 .
- AMAYA NAVAS, Ó. D. *Lecturas de Derecho del Medio Ambiente*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, marzo de 2000.
- ANDI. “Seguridad jurídica-Importancia de la seguridad jurídica para el crecimiento y la inversión”, Bogotá, febrero de 2017, disponible en [<http://proyectos.andi.com.co/Libro2/Paginas/assets/docs/capitulo-09.pdf>].
- CABANELLAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, t. III, 25.^a ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- CARDONA GONZÁLEZ, Á. H. “Características generales y clasificación de los trámites ambientales”, en AA.VV. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, t. XVII, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- CONPES 3816. “Por el cual se definen las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo en la etapa temprana del proceso de emisión de la normatividad desde la Rama Ejecutiva del Poder Público”, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, octubre 2 de 2014.
- CORRALES JIMÉNEZ, D. *Los secretos del poder*, Bogotá, Ediciones B, 2013.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. “Gobierno nacional fortalece el Modelo Integrado de Planeación y Gestión con la incorporación de la política de Mejora Normativa”, 27 de julio de 2018, disponible en [<https://www.funcionpublica.gov.co/-/gobierno-nacional-fortalece-el-modelo-integrado-de-planeacion-y-gestion-con-la-incorporacion-de-la-politica-de-mejora-normativa?from=2016/10>].
- GUACANEME, R. E. “La (in)seguridad jurídica en el Derecho Aduanero (II)”, Asuntos Legales, *La República*, sección: Opinión, Bogotá, junio 24-25 de 2017.

GUTIÉRREZ, C. H. “¿Qué tan únicos son los decretos únicos reglamentarios?”, *Ámbito Jurídico*, Sección General, Legis, 18 de abril del 2016, disponible en [<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/que-tan-unicos-son-los-decretos-unicos-reglamentarios>].

MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. “Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”, disponible en [<http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/81-normativa/2093-plantilla-areas-planeacion-y-seguimiento-30#modificaciones-decretos-único>].

OCDE. *Regulatory policy and governance: Supporting economic growth and serving the public interest*, París, 2011.

RIVERA OLARTE, F. J. y L. F. ROJAS QUINAYÁ. *Breve estudio descriptivo de los daños ambientales*, Bogotá y Cali, Universidad Externado de Colombia y Poemia Casa Editorial, 2017.

ROSSI IDARRAGA, E. “La tensión entre el ambiente y el desarrollo”, *Revista Ambiental Catorce6*, 7 de noviembre de 2018, disponible en [<https://www.catorce6.com/opinion/columnistas-invitados/16253-la-tension-entre-el-ambiente-y-el-desarrollo>].

SÁNCHEZ, R. *Poder y medio ambiente*, Bogotá, Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán, octubre de 1994.

SANTOFIMIO G., J. O. *Tratado de Derecho Administrativo*, t 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

VENEGAS FRANCO, A. “Presentación”, en AA.VV. *Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2000.

VIDAL PERDOMO, J. *Derecho administrativo*, 10.^a ed., Bogotá, Editorial Temis, 1994.

ZAPATA LUGO, J.V. *Desarrollo sostenible*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-502 del 27 de junio de 2002, Expediente n.º T-554767, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-595 del 1.º de agosto de 2002, Expediente T-444377, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-154 del 24 de abril de 2018, Expediente T-6.416.859, M. P.: José Fernando Reyes.