

El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales

Luis Felipe Guzmán Jiménez

El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales

**Análisis de caso en el derecho
jurisprudencial de la
Corte Constitucional y el
Consejo de Estado**

Universidad Externado de Colombia

Guzmán Jiménez, Luis Felipe

El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales : análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado / Luis Felipe Guzmán Jiménez. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. 241 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 225-241)

ISBN: 9789587728316

1. Derecho ambiental -- Aspectos jurídicos -- Colombia 2. Medio ambiente -- Aspectos constitucionales -- Colombia 3. Medio ambiente -- Colombia -- Jurisprudencia 4. Revisión judicial -- Aspectos constitucionales -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título.

333.72

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Noviembre de 2017

ISBN 978-958-772-831-6

© 2017, LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ

© 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: diciembre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Álvaro Alexander Rodríguez Peña

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

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 del autor.

A mis padres: Pilar y Eduardo.

*Y a la generación radical de juristas: hombres buenos,
intransigentes en la conducta, amplios en el pensamiento,
honestos en sus actos y en sus ideas.*

CONTENIDO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
AGRADECIMIENTOS	21
PRESENTACIÓN	23
INTRODUCCIÓN	27
CAPÍTULO PRIMERO	
EL FENÓMENO DEL ACTIVISMO JUDICIAL	37
1.1 Antecedentes	38
1.2 Marco conceptual	49
1.3 El activismo judicial y su configuración	61
1.4 El activismo judicial en Colombia	69
CAPÍTULO SEGUNDO	
LOS CONFLICTOS AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	79
2.1 El análisis de casos ambientales en el sistema jurídico colombiano	79
2.2 Contexto de los conflictos ambientales en Colombia	81
2.3 Identificación y reseña de los principales casos ambientales en el derecho jurisprudencial colombiano	85

2.4 Metodología 115

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE CASOS EN EL DERECHO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA 117

3.1 Análisis de los principales conflictos ambientales resueltos por la Corte Constitucional 117

3.1.1 Sentencia Contaminación de la Drummond (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla) 118

3.1.1.a Descripción del pleito 118

3.1.1.b Argumentación judicial 119

3.1.1.c Opinión sobre el fallo 122

3.1.2 Sentencia del Relleno de Cantagallo (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-294 de 2014. M.P.: María Victoria Correa) 125

3.1.2.a Descripción del pleito 125

3.1.2.b Argumentación judicial 127

3.1.2.c Opinión sobre el fallo 132

3.1.3 Sentencia Contaminación Down en la Bahía de Cartagena (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-080 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio) 134

3.1.3.a Descripción del pleito 134

3.1.3.b Argumentación judicial 137

3.1.3.c Opinión sobre el fallo 142

3.1.4 Sentencia de participación de las entidades territoriales en la política minera nacional (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos) 145

3.1.4.a Descripción del pleito 145

3.1.4.b Argumentación judicial 148

3.1.4.c Opinión sobre el fallo 153

3.1.5 Sentencia de los Proyectos de Interés Nacional-PINES (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.)	158
3.1.5.a Descripción del pleito	158
3.1.5.b Argumentación judicial	159
3.1.5.c Opinión del fallo	162
3.1.6 Sentencia Territorio, Minería y Medio Ambiente (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 2016. M.P.: María Victoria Calle.)	165
3.1.6.a Descripción del pleito	165
3.1.6.b Argumentación judicial	166
3.1.6.c Opinión del fallo	168

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE CASOS EN EL DERECHO JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA	171
4.1 Análisis de los principales conflictos ambientales resueltos por el Consejo de Estado	171
4.1.1 Sentencia de Islas del Rosario (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°. Rad.: 2500023250002003 91193-01. M.P.: María Elizabeth García González.)	172
4.1.1.a Descripción del pleito	172
4.1.1.b Argumentación judicial	174
4.1.1.c Opinión sobre el fallo	178
4.1.2 Sentencia de los Cerros Orientales de Bogotá (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 250002325000 2005-00662-03. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.)	180
4.1.2.a Descripción del pleito	180
4.1.2.b Argumentación judicial	183
4.1.2.c Opinión sobre el fallo	192

4.1.3 Sentencia del Río Bogotá (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, Nº. Rad.: 2500023270002001-90479-01. M.P.: Marco Antonio Velilla.)	197
4.1.3.a Descripción del pleito	197
4.1.3.b Argumentación judicial	199
4.1.3.c Opinión sobre el fallo	209
CONCLUSIONES	213
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	225
Doctrina	225
Jurisprudencia	238
Normatividad	241

ABREVIATURAS

ANLA	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
AAU	Autoridad Ambiental Urbana
AMP	Área Marina Protegida
CARDIQUE	Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique
CAR	Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca
CDB	Convenio de Diversidad Biológica
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
CVC	Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca
CVS	Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge
DAMA	Departamento Administrativo del Medio Ambiente
DNP	Departamento Nacional de Planeación
DIMAR	Dirección General Marítima
IIAP	Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico
IAVH	Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt
ICA	Instituto Colombiano Agropecuario

IDEAM	Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales
INDERENA	Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente
INCODER	Instituto Colombiano de Desarrollo Rural
INVEMAR	Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andrés
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
PIB	Producto Interno Bruto
PINES	Proyecto de Interés Nacional Estratégico
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PTAR	Planta de Tratamiento de Aguas Residuales
POMCA	Plan de Ordenación y Manejo de una Cuenca
POT	Plan de Ordenamiento Territorial
SIAC	Sistema de Información Ambiental Colombiano
SIB	Sistema de Información de Biodiversidad
SIAM	Sistema de Información Ambiental Marina
SINA	Sistema Nacional Ambiental
SINCHI	Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas
SISCLIMA	Sistema Nacional de Cambio Climático
SISEAIRE	Sistema de Información sobre Calidad del Aire
SIRH	Sistema de Información del Recurso Hídrico
UAESPNN	Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales
WWF	World Wildlife Fund

PRÓLOGO

El activismo judicial es quizás uno de los temas más acuciantes en el estudio de los modernos fenómenos jurídicos. Los jueces han impuesto una verdadera revolución en su rol tradicional, con un sustancial impacto en los contenidos de las instituciones jurídicas que aplican, forzándolas hacia alcances insospechados que inciden necesariamente en el sustrato propio de las políticas públicas.

Ese actuar judicial, en ocasiones, es un verdadero aporte al contenido y desarrollo de orden jurídico, y en especial a la vigencia de los derechos de incidencia colectiva. En algunos países, como Argentina, es la impronta jurisprudencial la que ha moldeado el actual contorno de numerosas materias jurídicas, en particular las que conforman el derecho ambiental, precipitando de manera inicial los conceptos que luego ha adoptado el derecho positivo a través de las leyes. La existencia de un derecho al ambiente y su impacto en la legitimación fue el primer logro activista de los jueces en ese país, al que le siguieron otros que moldearon la naturaleza colectiva de esa prerrogativa, como el alcance *erga omnes* de las sentencias, la modulación de principios procesales como el dispositivo (al que han sustituido mediante un proceso cuasiiquisitivo) o el de congruencia, la inversión de la carga probatoria en situaciones de incertidumbre, entre otros supuestos.

Sin embargo, el papel activista de la justicia implica una sobreactuación más extensa que la inicialmente esperada en los paradigmas clásicos, y esto conlleva una inevitable tensión en los roles republicanos. Los jueces activistas, cuando actúan sin la virtud de la prudencia, generan una verdadera crisis constitucional, asumiendo papeles gubernativos que no corresponden a su función, malversando un poder que les es ajeno en las democracias modernas.

Luis Felipe Guzmán Jiménez ha desentrañado, con gran habilidad, el fenómeno del activismo judicial colombiano en temas ambientales, mediante un análisis de la casuística que han brindado las Altas Cortes de ese país, con una minuciosa revisión de los pronunciamientos más relevantes que han resuelto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Estos aportes son realizados con motivo de una Tesis elaborada y aprobada –con la máxima distinción– en la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales que dicta la Universidad Externado de Colombia, donde he tenido el honor de actuar como docente, y director de esta tesis. Con base en la experiencia, puedo afirmar, sin duda, que el tesista es poseedor de una aptitud intelectual y una actitud personal que auguran una próspera carrera académica. Desde luego, esa fértil potencialidad que presentó Luis Felipe desde un comienzo es y será adecuadamente regada por grandes especialistas que –con elevada calidad personal– integran el Departamento de Derecho del Medio Ambiente, como los doctores Óscar Amaya Navas, María del Pilar García Pachón y Ángela Amaya Arias.

Para la labor desarrollada, Luis Felipe comienza su trabajo con una introducción en la que presenta el tema y la estrategia de abordaje, para continuar luego con un primer capítulo donde expone el fenómeno del activismo judicial,

al evidenciar los principales antecedentes del mismo y el marco conceptual necesario para el análisis del tema en el derecho jurisprudencial colombiano. En el segundo se describen los conflictos ambientales en la jurisprudencia colombiana, siendo esto un preludio al análisis de caso que lleva a cabo en los dos capítulos siguientes. En el tercero y cuarto se elabora un estudio de la casuística en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, con base en una selección de sentencias controvertidas por su activismo, identificando los aspectos que permiten calificar el grado de intensidad del activismo judicial que significan esos casos y su impacto en las políticas públicas ambientales. Finalmente, un capítulo conclusivo reseña las observaciones logradas y razona sobre el fenómeno estudiado en Colombia y su relación con los roles y el juego de pesos y contrapesos institucionales que estatuyó la Constitución Política de 1991 frente al deber estatal que fija esa misma Carta con respecto del resguardo del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano en un marco de desarrollo sustentable.

En la construcción del marco conceptual sobre el fenómeno del activismo judicial, Luis Felipe Guzmán Jiménez ha recabado percepciones autorales que provienen tanto de países organizados bajo el sistema jurídico romano-germánico como del *common law*. La experiencia comparada ha permitido la construcción de los perfiles que puede tener un juez activista, y el nivel de activismo que pueden presentar los decisorios con base en su contenido e influencia en las políticas públicas. Destaca especialmente la labor sistematizadora de conceptos que ha realizado el autor en la plataforma teórica elaborada, lo que permite entrelazar luego la casuística en pos de conclusiones que resultan verdaderos y señeros aportes.

La revisión jurisprudencial es, por demás, nutrida y valiosa. A partir de diversas sentencias, especialmente elegidas por su trascendencia, el autor considera las características y argumentos de cada decisorio, adoptando una actitud crítica ante lo actuado en cada caso. Este análisis casuístico se sustenta y entrelaza con el marco teórico expuesto, y en función de esto se efectúa la identificación de la postura asumida por el Tribunal actuante, en cada pronunciamiento judicial, con respecto de la forma y alcance con que se instrumenta el reconocimiento del derecho en juego y las medidas de implementación y seguimiento dispuestas, elementos a partir de los cuales se valora el nivel de activismo existente.

Toda esta dialéctica académica deriva en forma clara hacia una serie de conclusiones de valor, las que conforman un verdadero aporte en un tema tan novedoso como controvertible, apreciándose de este modo la incidencia que la jurisprudencia ha tenido en la configuración de las políticas públicas medioambientales. El autor observa en este sentido cómo el activismo judicial se ha vuelto frecuente en las democracias contemporáneas en general, y en Colombia en especial, de modo que el Poder Judicial aparece como un órgano independiente y con poder para suplir la carencia de otros sectores del Estado en temas ambientales, convirtiéndose en un dinamizador y promotor de la democracia.

Sin embargo, poniendo la lupa en la legitimación del obrar judicial, las conclusiones destacan también que la intervención de las Cortes en las políticas públicas debe ser mesurada, respetando, sin extralimitaciones, las competencias de los otros órganos, en obediencia al principio de separación de poderes –entendido como colaboración armónica–. El activismo judicial implementado con esos límites no es contrario al sistema de pesos y contrapesos diseñado por el constituyente; al contrario, procura un

diálogo institucional armónico, donde los poderes colaboran entre sí, y el único objetivo es la tutela efectiva de los derechos de los asociados para poder generar situaciones de bienestar general y colectivo en todo el territorio nacional.

Sin duda, esta obra es una valiosa contribución al conocimiento jurídico y de los fenómenos institucionales en los que el derecho se desenvuelve, y donde inevitablemente interactúa con las políticas públicas que instrumentan las normas. Sus aportes no solo son útiles para la lectura de todo jurista colombiano, sino que trascienden esta geografía para iluminar el estudio de los especialistas de otras latitudes con conceptos y experiencias referidas a un fenómeno tan llamativo como polémico, que actualmente es universal.

Mendoza, 31 de mayo de 2017
Dr. Mauricio Pinto

AGRADECIMIENTOS

Para iniciar, traigo a la memoria unas líneas del discurso del maestro Fernando Hinestrosa Forero, pronunciado al recibir el Doctorado Honoris Causa por la *Université Paris II Panthéon-Assas* en 2010, quien hacía un llamado “a desechar la tentación totalitaria y los mesianismos en la busca de la seguridad”. Afirmaba el último caballero radical que: “sin instituciones, sin independencia de los jueces y, sobre todo, sin separación de poderes, alternancia del poder y deliberación constante y crítica no se puede hablar de un país democrático. La educación nos hace libres y capaces y, por tanto, no debemos ser conformistas y marchar como ovejas en el rebaño sino que debemos ser constantemente críticos y preguntarnos hacia dónde nos guían nuestros líderes”.

Estas palabras son un bastión para continuar en la lucha de una educación hacia la libertad y la igualdad donde la tolerancia y el pluralismo guíen la generación radical, la que en el país crea distinción, peculiaridad y el llamado es a ser defensores de la educación como necesario presupuesto para la libertad, la democracia y la autonomía.

El presente libro de investigación procede del trabajo realizado como tesis de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales, programa académico que cursé durante 2015-2016 en la Universidad Externado de Colombia, gracias al apoyo decisivo

de la Universidad en formar su cuerpo profesoral; esta tesis fue dirigida por el profesor argentino Mauricio Pinto de la Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo, a quien agradezco su constante apoyo y el prólogo de esta obra.

Por el logro de este trabajo debo expresar gratitud a la Universidad Externado de Colombia; al señor rector, el profesor Juan Carlos Henao, y al Departamento de Derecho del Medio Ambiente, a su directora, la profesora María del Pilar García Pachón; la tesis fue defendida el 15 de febrero de 2017 en la Universidad Externado de Colombia, ante un tribunal compuesto por los profesores Ángela María Amaya Arias y Óscar Darío Amaya Navas, a ellos también mis agradecimientos.

Finalmente, a mis padres, Pilar y Eduardo, por su amor, consejo, paciencia y apoyo incondicional, siempre forjadores de una stirpe honesta y emprendedora con la que logré cristalizar mis ideales académicos y profesionales.

PRESENTACIÓN

El papel tradicional de los jueces se viene transformando, aceleradamente, a partir de importantes sentencias en las que ante el interés de administrar justicia material, el juez crea derecho a partir de la interpretación de la norma e incluso va más allá y desarrolla herramientas de política pública con sus decisiones.

Este protagonismo del juez se ve especialmente reflejado en algunos casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombianos en asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y de los recursos naturales en los que se puede constatar una permanente mutación jurídico-administrativa, así como la generación de órdenes que determinan las acciones que debe desarrollar la administración, lo que incide de manera directa en la política pública que se se debe poner en marcha por el Gobierno con el propósito de alcanzar objetivos de interés público, por tanto, implica la creación de un instrumento de política pública¹.

1 Sobre el concepto de política pública Vid. García Pachón, María del Pilar. 2017. Los Planes Nacionales de Desarrollo y su relevancia en la construcción de la política colombiana en materia de Cambio Climático. [aut. libro] María del Pilar García Pachón y Óscar Darío Amaya Navas. *Retos y compromisos jurídicos de Colombia frente al cambio climático*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 167-206.

Algunas decisiones jurisdiccionales recientes son ejemplo de esta tendencia, es el caso de la Sentencia T-622/16, en la que la Corte Constitucional al determinar si la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó) generaban vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, decidió admitir la afectación reconociendo “al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas...”.

Igualmente, en el fallo que comentamos, la Corte, además de crear una institucionalidad paralela a la construida en el país para administrar los asuntos ambientales², impartió diferentes órdenes al Gobierno nacional, entre ellas ejercer en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó la tutoría y representación legal de los derechos del río, de manera que se modificó la argumentación tradicional consistente en el desarrollo de las acciones administrativas que corresponden, en particular aquellas de protección y control ambiental, para construir esta nueva perspectiva de reconocimiento de personalidad jurídica al río y representación legal al Estado y a la comunidad.

Casos como el anterior hacen más que necesaria la obra que hoy tengo el honor de presentar y en la que Luis Felipe

2 En la Sentencia se ordena al Estado y a las comunidades étnicas la creación de la Comisión de Guardianes del Río Atrato; esta Comisión debe estar integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que debería invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia. Del mismo modo, a la Procuraduría General de la República convocar un panel de expertos que asesore el proceso de seguimiento y ejecución de la Sentencia.

Guzmán Jimenez procura darles respuesta a múltiples cuestiones relativas a este activismo judicial, entre las que se indaga sobre la legitimación del juez constitucional para construir políticas públicas, los límites de la función judicial frente a las omisiones de carácter político y la forma en la que este activismo podría estar quebrando el sistema de pesos y contrapesos estructurado en la Carta Política, entre otras preguntas de investigación formuladas por el autor.

Luis Felipe parte por el análisis doctrinal del asunto, para enfocarse luego en el estudio de casos relevantes en donde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han creado verdaderas políticas públicas, indicando que ante las graves afectaciones sufridas por el entorno natural y la aparente ineficacia administrativa, el poder judicial “aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para plantear soluciones a estos casos, convirtiéndose en dinamizador y promotor de la democracia”.

Podrán constatar los lectores de esta obra un juicioso tratamiento de las fuentes, un análisis metódico y ordenado, así como absoluta claridad en el desarrollo de cada uno de los capítulos que integran este documento. Debo resaltar que esta investigación, dirigida por el profesor Mauricio Pinto, se presentó como trabajo final en el Programa de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, recibiendo la aprobación del jurado compuesto por los doctores Óscar Darío Amaya Navas y Ángela María Amaya Arias, asimismo, el documento fue sometido a revisión de pares evaluadores externos quienes lo calificaron como libro de investigación.

La obra *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*, escrita por Guzmán, es la segunda creación individual

de este joven investigador que continúa demostrando con sus escritos una evolución positiva y un intenso trabajo que le ha permitido consolidarse como una de las grandes promesas del derecho ambiental colombiano. Sin duda, el mundo académico debe esperar nuevos e invaluable aportes del autor en el futuro.

María del Pilar García Pachón
Directora
Departamento de Derecho del Medio Ambiente

INTRODUCCIÓN

El activismo judicial representa una de las cuestiones modernas, actuales y relevantes de la ciencia jurídica, pues en este tópico convergen problemáticas propias del neoconstitucionalismo como la crisis del Estado, el concepto de Constitución, la aplicación directa de la Constitución Política, el surgimiento de sujetos de especial protección constitucional, el papel de los jueces en el sistema democrático y una abundante cantidad de asuntos muy importantes para las garantías constitucionales y derechos fundamentales y colectivos de los asociados; este comportamiento judicial no es ajeno a las problemáticas ambientales, y mucho menos al surgimiento del concepto de justicia ambiental en el mundo y en Colombia¹.

Los conflictos sociales llegan todos los días a los tribunales locales, regionales, nacionales e internacionales, allí

1 La justicia ambiental es distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad, considerando en dicha distribución el reconocimiento de la situación comunitaria y de las capacidades de tales personas y su participación en la adopción de las decisiones que los afectan. La distribución de las cargas ambientales, así como de los beneficios que el medio ambiente brinda, constituye, en realidad, una pregunta propia de lo que se entiende por “justicia distributiva”. Esta pregunta tiene cada vez más relevancia en la medida que los bienes ambientales son más escasos y las posibilidades de cargas e impactos sobre los mismos son, por el otro, cada vez mayores (Hervé, 2010).

es donde se resuelve la judicialización de los derechos y su real eficacia; en el caso del derecho a gozar de un ambiente sano como derecho colectivo, en cada una de estas Cortes surgen diversas posiciones sobre la forma en que se debe asegurar la efectividad del mismo en cabeza de todas las personas, generándose soluciones que en algunos casos resultan convergentes y en otros excluyentes, siendo por esto necesario cuestionar, indagar, discernir y preguntar sobre este fenómeno judicial que afecta los sistemas jurídicos.

El tema objeto de la presente investigación se presenta oportuno para el desarrollo y consolidación del Derecho del Medio Ambiente², toda vez que analiza una realidad que se ha constituido en una herramienta de preservación ambiental y de materialización del principio de desarrollo sostenible desde los estrados judiciales³, la que en los últimos tiempos viene generando un impacto en la construcción de políticas públicas en Colombia, donde pareciera que los jueces están incidiendo activamente en el diseño de un arquetipo de política pública en materia ambiental; sumado a lo anterior, su relevancia académica está delimitada por el profundo debate que en general ha suscitado el activismo judicial en el mundo, tanto en el sistema romano-germánico

-
- 2 El Derecho del Medio Ambiente o Derecho Ambiental es una rama del ordenamiento jurídico que tiene algunas características especiales; Betancor (2015) destaca la interdisciplinariedad, que es intrajurídica y extrajurídica, la supranacionalidad de las normas que rigen, el carácter flexible, su carácter eco-humanista, preventivo, reparador y tuitivo.
 - 3 El desarrollo sostenible como petición de principio general del derecho presenta un contenido que establece pautas que deben ser utilizadas por el juez, cuando una situación de hecho sobre la cual debe pronunciarse no está regulada de manera específica por una disposición jurídica, y cuando tampoco pueda extraer la solución concreta al aplicar por analogía el caso en concreto (Amaya O., 2012).

como en el anglosajón, y que ha motivado innumerables estudios académicos del tema⁴.

Sumado a esto, el Estado posmoderno trae el advenimiento de una sociedad de derecho, en la que surge una judicialización creciente de los comportamientos, donde la norma jurídica se ha convertido en el vector privilegiado de limitación y de orientación de las actividades individuales y colectivas, escenario que es dominado por la figura del juez a través del predominio del derecho jurisprudencial (Chevalier, 2011).

El activismo judicial es un fenómeno o comportamiento de los tribunales que según como se desarrolle, puede afectar a todos los actores del sistema jurídico; en primer lugar, tiene un impacto en la rama legislativa del poder público, pues, en ocasiones, los tribunales utilizan competencias propias del poder de configuración normativa y regulan ciertos asuntos que en algunos casos, presentan insumos fundamentales para construir políticas públicas desde los estrados judiciales.

Segundo, en otras ocasiones posee un impacto en la rama ejecutiva, pues por una parte desplaza –o como mínimo condiciona– la autonomía y discrecionalidad administrativa para determinar las medidas que se deben adoptar en la gestión de los asuntos públicos, y a la vez en esta circunstancia opera una especie de secuestro de la autonomía financiera, pues en ocasiones el juez impone la realización de importantes inversiones en materia ambiental.

Y, tercer lugar, cuando las circunstancias referidas se presentan, se afecta a los particulares, pues queda en

4 Los distintos debates académicos sobre activismo judicial en el mundo han girado en torno de varios tópicos, algunos de ellos se analizarán en el primer capítulo. Vid. (Bolick, 2007), (Barak, 2006), (Fiss, 1978), (Torres, 2013), (Saffon & García-Villegas, 2011), (Vergara, 2015).

duda la garantía de seguridad jurídica de los asociados, con lo que este comportamiento de los tribunales representa una debilidad del sistema, especialmente, para el sector industrial del país.

Frente a este fenómeno, he planteado algunas preguntas orientadoras de este trabajo de investigación: ¿Está legitimado el juez constitucional para ser un actor en la formulación de políticas públicas? ¿Cuál es el límite de la función judicial frente a omisiones de políticas que vulneran los derechos individuales o colectivos? ¿Existe un exceso funcional en los casos de estudio? ¿Puede un fallo judicial tomar medidas propias de la rama ejecutiva? ¿El ordenamiento territorial ambiental de un municipio lo debe construir un juez? ¿El activismo judicial está rompiendo con el sistema de pesos y contrapesos diseñado por el constituyente en 1991?

El origen del fenómeno del activismo judicial se remonta a 1954, cuando surgen algunos fallos de estas características en el derecho jurisprudencial norteamericano. En América Latina y otras regiones del Cono Sur este tipo de sentencias son una tendencia contemporánea, desarrollándose a través de ellas un neoconstitucionalismo progresista, cuya ilustración más clara es la intervención judicial en casos estructurales; en lo que respecta a Colombia, esta corriente judicial surge desde la década de los años 90, donde las Altas Cortes empiezan a cuestionar las bases del Estado Social de Derecho y la división clásica de los tres poderes, empezándose a replantear el concepto de colaboración armónica de estos (Amaya A., 2016).

En los casos ambientales y en busca de la protección ambiental, los jueces constitucionales realizan ejercicios hermenéuticos que son complejos, flexibles, dinámicos, eficaces y rápidos. En esta labor se han efectuado dos tipos de acciones muy importantes, en primer lugar, llenando de contenido derechos y bienes jurídicos tutelados, identifican-

do elementos esenciales de cada uno de estos, enclave de la calidad de vida y en aras de su tutela efectiva, y en segundo lugar, brindando un contenido jurídico a las herramientas de protección como es el caso de la planeación ambiental.

Así, el activismo judicial en materia ambiental pretende crear un derecho ambiental innovador, colmando lagunas jurídicas, modificando y ajustando acciones de gobierno y presupuestos, o todo esto; el contenido final de la decisión del juez es institucional, funcional u organizativo, en un contexto en el que parece que no hay una respuesta inequívoca, y donde es posible identificar tres elementos muy importantes: el acceso a la justicia, la información ambiental y la participación ciudadana en la toma de decisiones, los cuales forman parte del derecho fundamental al medio ambiente.

El objetivo de este trabajo es identificar el comportamiento jurisdiccional de las Altas Cortes colombianas –tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado–, para determinar si se enmarcan en el fenómeno del activismo judicial, y en este caso, con qué características y cómo esto puede llegar a afectar o no valores constitucionales de suma importancia para el Estado Social de Derecho, como es la división de poderes, la seguridad jurídica, la confianza legítima y la democracia. También será determinante presentar el eventual impacto que podría tener el derecho jurisprudencial en la construcción de políticas públicas ambientales, todo esto enmarcado dentro del fenómeno global de los tribunales nacionales e internacionales, llamado activismo judicial.

Para esto, a lo largo del trabajo se presentan conceptos sobre el rol judicial frente a las políticas públicas ambientales y su influencia en la satisfacción del derecho a gozar de un ambiente sano de los asociados en un Estado de Derecho, y para esto se construirá una metodología tendiente a

demostrar la identificación de los fallos judiciales activistas y su efecto en el proceso de construcción, implementación y evaluación de políticas públicas ambientales⁵.

La presente investigación se estructura como sigue: en el primer capítulo se presenta el fenómeno del activismo judicial, evidenciando los principales antecedentes de este fenómeno jurídico a partir de las sentencias estructurales o macro que en el Derecho Anglosajón avanzaron sobre problemáticas sistémicas y generalizadas que no podían tener una solución individual; y se construye el marco conceptual necesario para el análisis siguiente en el derecho jurisprudencial colombiano. Para esto último, se sistematizan nociones elementales provenientes de autores como Bolick, Green, Cabrillo y Landau, se describen los diversos perfiles del juez activista recurriendo a los trabajos del profesor de Harvard Duncan Kennedy, las diversas teorías que expone la doctrina especializada sobre el activismo judicial frente a las garantías de democracia representativa y la seguridad jurídica, y se describe el activismo judicial en Colombia, donde se detallan los principales efectos de las sentencias en la construcción de políticas públicas.

En el segundo capítulo se describen los conflictos ambientales en la jurisprudencia colombiana. En esta sección se explica el contexto en el que surgen los conflictos ambientales, la institucionalidad del sector, las principales amenazas sobre los recursos naturales renovables y no renovables, los niveles de conflictos ambientales en el territorio de un país megadiverso –como Colombia–; seguido de esto, se identifican y reseñan los principales casos ambientales

5 Las políticas públicas son una problemática en los países en desarrollo, y cada día se requiere de mayor especialidad y eficiencia a la hora de diseñar cualquier tipo de política pública, pues esta está asociada con el mejoramiento de calidad de vida de los asociados. Vid. (AA, 2006), (Arroyave, 2011).

que se han desarrollado en el país y que han llegado a los estrados judiciales de las Altas Cortes. Finalmente, se presenta la metodología con la que se analizarán los casos más relevantes en los capítulos siguientes, la que tendrá una estructura tripartita, a saber: descripción del pleito, argumentación judicial y la opinión del fallo.

En el tercer capítulo se analizan ciertos casos en el Derecho Jurisprudencial de la Corte Constitucional, los cuales han generado una gran controversia tanto entre académicos como en la opinión pública en general⁶; en primer lugar, serán considerados tres fallos de tutela, conocidos como el caso de la Drummond (T-154/13), el Relleno Cantagallo (T-294/14) y la contaminación de Down en la Bahía de Cartagena (T-080/15); y segundo, tres fallos de constitucionalidad: el caso de la participación de las entidades territoriales en la política nacional minera (C-123/14), el de los Proyectos de Interés Nacional Estratégico-PINES y la minería en páramos (C-035/15) y el caso titulado como territorio, minería y medio ambiente (C-389/16).

En el cuarto y último capítulo se efectúa el análisis de caso en el derecho jurisprudencial del Consejo de Estado, considerando el contenido de tres acciones populares muy importantes resueltas por el Consejo de Estado: los fallos de las Islas del Rosario, de los Cerros Orientales de Bogotá y, por último, el del Río Bogotá.

La metodología utilizada en este trabajo de investigación responde a un análisis de caso, y teniendo en cuenta el fenómeno que se va analizar, se irá de lo particular a lo general, procurando desentrañar dos variables: en primer

6 El comportamiento de la Corte Constitucional, en temas sociales y ambientales ha generado reacciones por parte de académicos, juristas, políticos, y de la comunidad en general. Vid. (Gómez A., 2011), (González, 2016), (Guzmán L., 2016).

lugar, la presencia de activismo judicial y su intensidad, y segundo, la incidencia de los casos judiciales en la construcción de políticas públicas. La argumentación de estas dos variables de análisis será rica en conceptos, identificándose –a partir del estudio de casos particulares– ciertos principios comunes o generales que permitan llegar a conclusiones que despejen las preguntas que guían la presente indagación.

Para esto, se hará uso de análisis jurisprudencial, siguiendo la metodología que indica Correa (2008), con el objeto de extraer de los fallos los elementos necesarios para identificar la eventual existencia del activismo de las Altas Cortes en los casos que se han planteado, al tenerse en cuenta en esta labor elementos de la metodología Case Study⁷.

Los elementos centrales del análisis de caso se centrarán en las características de los pronunciamientos judiciales en cuanto al reconocimiento del derecho, las medidas de implementación del fallo y las medidas de seguimiento. Sobre estos aspectos, y de acuerdo con el tratamiento que las sentencias les brindan a cada uno de estos elementos, se concluye sobre si en cada caso el órgano judicial ha actuado de manera activista, y el grado de intensidad de esta práctica; considerándose además el eventual impacto de estos decisorios en la construcción de las políticas públicas de índole ambiental y minera.

Sin duda, la jurisprudencia constitucional, como la analizada en este trabajo, indaga la concreción de la justicia

7 La metodología de estudio de caso se ha venido construyendo en países desarrollados desde hace muchos años, desde el siglo XIX dio sus primeros visos en las facultades de leyes de Estados Unidos, así como en Europa continental y Gran Bretaña; en Estados Unidos es el método principal y más utilizado desde esa época, país con una larga tradición jurídica y con un sistema judicial del *common law*. En nuestro caso, en el derecho colombiano es muy utilizado para las investigaciones jurídicas porque permite mostrar el llamado derecho viviente.

distributiva de Rawls⁸, Guastini⁹ y Ferrajoli¹⁰; pero resulta válido cuestionar ¿qué es lo que busca la jurisprudencia con los tratamientos jurisprudenciales como los analizados en esta tesis?; parece que la respuesta no es binaria, pues surgen contestaciones complejas en las que el juez constitucional indaga la definición, dirección, ordenación, concreción o ejecución de asuntos públicos que son esenciales para la tutela y el respeto de los derechos, y donde permanentemente está en tensión la eficiencia del Estado Social de Derecho frente al orden institucional previsto para su consecución.

8 Vid. (Rawls, 1995)

9 Vid. (Guastini, 2010)

10 Vid. (Ferrajoli, 2010)

CAPÍTULO PRIMERO

EL FENÓMENO DEL ACTIVISMO JUDICIAL

“Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Charles Evans Hughes

El fenómeno jurídico del activismo judicial es una realidad que se vive en todas las Cortes y Tribunales en gran parte del mundo, siendo indiferente el sistema jurídico de cada uno pues aplica tanto a países de sistema jurídico romano-germánico como de sistema del *common law*, y se debe al aumento geométrico de discusiones al interior de cada uno de estos¹.

Esta práctica reiterada no es ajena a los asuntos propios de la justicia ambiental, donde es necesario plantear interrogantes de diversa naturaleza, como –entre otros– la teoría del derecho en el sistema jurídico, la ciencia política y su paradigma de división de poderes, el análisis económico del derecho, y demás de índole histórico que cuestionan el origen de la justicia ambiental en los Estados Unidos.

1 Teniendo en cuenta que *“Desde tiempos inmemoriales la humanidad busca que el derecho sea un derecho justo. Gustav Radbruch, ya en el siglo XX, afirmaba que el sentido del derecho es servir a la justicia”* (Arango, 2016).

En este capítulo se revisarán los principales antecedentes del activismo judicial, un marco conceptual sobre esta práctica judicial, su configuración y su auge en los tribunales en Colombia².

1.1 ANTECEDENTES

Según la ortodoxia constitucional, la actividad judicial en un sistema de filiación romano-germánica está limitada a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que a los jueces les corresponda el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ningún ámbito, pues estas funciones están reservadas al legislador y al ejecutivo.

Sin embargo, la protección judicial de los derechos humanos ha traído importantes cambios para las democracias contemporáneas, entre estos que ese planteamiento inicial ya no tenga la dureza que proclamaban los manuales de derecho constitucional de hace 50 años, sino que más bien haya que analizarlo como un principio que ciertamente forma parte de la dinámica de los Estados que tienen mecanismos de justicia constitucional, pero que, como principio, puede entrar en colisión con otros, como la efectividad de los derechos humanos o la supremacía constitucional, y que en esas colisiones no siempre tiene preeminencia ni carácter absoluto.

Lo cierto es que la figura del juez se ha modificado a lo largo del tiempo teniendo en cuenta la importancia del medio ambiente como tarea judicial y administrativa, de mandato constitucional. Según Santofimio (2009), estas tareas se evidencian más como una labor principal de la

2 El protagonismo, cada vez mayor de los tribunales, es objeto de diversos análisis doctrinales en el mundo. Vid. (De Sousa & Garcia, 2001).

que dependerán muchas otras de carácter administrativo; en este sentido el medio ambiente se deberá convertir en una cuestión transversal y permanente de toda la actividad administrativa: la policía administrativa, el servicio público, la intervención económica y la regulación.

Este fenómeno creciente es el resultado de la intensidad del movimiento del neoconstitucionalismo³ que se ha adentrado con fuerza junto al fenómeno del Estado Social y el Derecho Administrativo. Como lo afirma Henao (2013), la lectura estricta del principio de legalidad ha variado para transformarse en una lectura morigerada del principio de juridicidad, en el que los derechos fundamentales y colectivos tienen un papel neurálgico; y la realidad del Derecho Administrativo colombiano es, en gran medida, la realidad de un Derecho de los jueces⁴. Este modelo es la materialización de la realidad constitucional en la que se concibe el poder judicial como una suerte de “seguro” destinado a garantizar la integridad y la vigencia del ordenamiento jurídico⁵.

Es así como en este fenómeno encuadran las llamadas *sentencias estructurales*, *structural injunctions* o *macro sentencias*, las cuales son una invención de los jueces que en ciertos

3 Para Bernal (2008) el neoconstitucionalismo es una nueva forma de entender la Constitución y el Estado Social y Democrático de Derecho, así como las variaciones que implica para el ordenamiento jurídico y para su aplicación judicial. Se ha llegado a afirmar que el neoconstitucionalismo de finales del siglo xx es la llave maestra de la discrecionalidad judicial, así como en su tiempo, esto es en los siglos xvi y xvii, fue el iusnaturalismo. Estas dos corrientes se armaron con valores y principios que liberaron a los jueces de las reglas contrarias a los mismos.

4 Vid. (Henao, 2013), (Torres, 2013).

5 Afirma López (2004) que el gobierno de los jueces pareciera ser una problemática propia de la historia francesa en la que el temor hacia el poder de los jueces se explica por los abusos de estos durante el antiguo régimen, quienes quisieron apropiarse del poder político, mediante el control a la administración.

casos reconocen la necesidad de subsanar una problemática sistemática y generalizada que no podría ser resuelta con remedios individuales sino a través de un proceso hermenéutico, mucho más complejo, en el que actúan como máximos intérpretes y defensores de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que son gravemente descuidados por ellas y, en consecuencia, expiden órdenes que exceden las coordenadas interpartes de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado⁶ (Osuna, 2015).

Estas sentencias estructurales surgen con el fenómeno del activismo judicial, y tiene su origen en los Estados Unidos. Sus principales características son, en primer lugar, que afectan a un gran número de personas que alegan violaciones masivas y sistemáticas en sus derechos colectivos, segundo, que esta violación involucra a varios órganos públicos, quienes son los responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a la situación y, por último, en estos fallos se hacen requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, órdenes de cumplimiento obligatorio mediante las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma

6 El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución. Y hoy es una realidad de la práctica jurídica, con un ejercicio de derecho comparado permitiría encontrar sentencias de este tipo en buena parte de los países que tienen sistemas de justicia constitucional. La doctrina ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Argentina y Canadá (Osuna, 2015).

coordinada y articulada con el fin de proteger a la población afectada⁷ (Chayes, 1976).

Se debe indicar que el activismo judicial está ligado con el concepto de Constitución y, por tanto, al papel que desarrollan los jueces en cada Estado; y en materia ambiental está vinculado con el activismo ambiental de los Estados Unidos, donde unas Cortes asumen de forma contundente la defensa de los derechos colectivos de los ciudadanos. En este contexto, en los Estados Unidos, a finales de la década de los años 70 se configuró el concepto de Justicia Ambiental como una manifestación de la nueva dirección que toman los grupos ambientalistas, y desde allí se propaga universalmente⁸.

Este concepto nace como resultado de un movimiento popular en contra de la instalación de un vertedero de políclorobifenilos en la provincia de Warren, Carolina del Norte, la cual era habitada, en su mayoría, por gente de color, quienes, al verse rebasados por la decisión gubernamental, optaron por las protestas de resistencia pacífica para que se respetase su derecho a la salud y a un medio ambiente sano⁹.

7 En Colombia se pueden identificar algunas sentencias estructurales relativas a diferentes temas, por resaltar algunas encontramos, seguridad social de los funcionarios (SU-559/97, T-068/98 y SU-090/00), hacinamiento en las cárceles (T-153/98), deficiencia en la protección a los defensores de derechos humanos (T-590/98), a los desplazados (T-025/04). Y en el derecho comparado, se resaltan casos como la Corte Suprema de Costa Rica (2013-4621) en materia de derecho a la salud, y Corte Suprema Federal de Brasil (Sentencia de 27 de septiembre de 2015) sobre el hacinamiento carcelario.

8 Es necesario aclarar que la literatura sobre el Activismo Judicial en el mundo se ha centrado en discernir sobre el comportamiento judicial de cara a los otros poderes del Estado en el contexto norteamericano y, en menor medida, en el contexto europeo de tradición romanista, como España, Portugal o Italia.

9 Cabe mencionar que las protestas se caracterizaban porque sus integrantes eran de color y estaban apoyados por entidades religiosas, lo que motivó, asimismo, el inicio del uso del término racismo ambiental, porque se

Fue a partir de ese momento que se comenzó a integrar el concepto de justicia ambiental, entendida como la reivindicación de derechos frente actividades contaminantes, en virtud de que se había evidenciado que en las comunidades de bajos ingresos existía un desproporcionado riesgo ambiental y de salud.

Pero el movimiento fue más allá e involucró aspectos vinculados a la salud, trabajo, uso de la tierra, transporte, vivienda y distribución de recursos, entre otros, de esta manera que su ideología se transfiguró de ser netamente racial a un movimiento pluricultural, conservando entre sus fundamentos el hecho de que los grupos con menores ingresos eran, por lo general, los más afectados, por lo que la justicia ambiental se transformó en manifestación de reivindicación legal, de derechos humanos y prerrogativas de carácter social, económico, laboral y de desarrollo humano¹⁰.

La justicia ambiental puede ser entendida desde diversos puntos de vista; aunque las dos visiones más importantes para definirla son la jurídica y la ecológica. La primera es

consideraba denigrante la ubicación de ese vertedero (y de muchos otros) en zonas habitadas por afroamericanos de escasos ingresos bajo la premisa del racismo ambiental, estos movimientos incitaron a otras comunidades a alzar la voz, reportándose protestas en Los Ángeles, Nueva York y desde Houston hasta Chicago, en las que ya no solamente participaban personas de color, sino también agrupaciones hispanas.

- 10 En temas ambientales esta categoría tuvo tres periodos que llevaron a su consolidación. La primera etapa estaba enfocada en la conservación de los recursos naturales y la protección del medio ambiente como bien jurídico prístino; en esta se logró la creación de las áreas protegidas, la protección de los bosques y la designación de áreas de recreación natural generando actividades de conservación. La segunda inició en la década de los años 60 y su objetivo fue lograr reformas regulatorias y un papel activo del ejecutivo, y la última etapa tuvo su origen a finales de los años 70 buscando abordar conflictos colectivos por los efectos ambientales de la contaminación industrial, uso de pesticidas y vertimientos indiscriminados, afectando a la población más vulnerable de la sociedad norteamericana.

como una distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas de la sociedad. Y la segunda –apoyada en autores como Schlosberg y Bosselmann, citados por Hervé (2010)– entiende que la visión acertada se debe definir desde la justicia ecológica¹¹, que está compuesta por tres elementos: reconocimiento, capacidades y participación.

Y una visión adicional es la política o sustancial, entendida como un conjunto de reivindicaciones políticas y sociales, de ideologías e idearios, que promueven la convivencia armónica de los seres humanos con su medio ambiente, criticando las actuales relaciones de producción y consumo, privilegiando el individualismo por encima de la cooperación y de lo colectivo¹².

Dentro de esta tendencia, entrelazando la práctica activista con el sustrato propio de la justicia ambiental, en Colombia el Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han dictado diversos fallos, muy controvertidos por sus amplios contenidos, en donde es evidente que la judicatura

11 En torno de la justicia ecológica, se reconocen tres principios que la orientan, entendidos como máximas o mandatos de optimización que hacen realidad esta categoría: en primer lugar, la justicia intrageneracional (dimensión social de la justicia ecológica); junto a esta, la justicia intergeneracional (obligación de mantener la integridad ecológica en la medida que no sabemos qué necesitarán las futuras generaciones; este principio puede responder tanto a un enfoque antropocéntrico como ecocéntrico); y, por último, la justicia interespecies (preocupación por el mundo natural no humano). La importancia de este enfoque radica en que establece criterios que permiten regular la relación entre la justicia intra e intergeneracional, en la medida que en la sociedad existen distintas prioridades en competencia.

12 Hoy la realidad de la justicia ambiental es el impacto global que ha generado. Este movimiento –conocido como “*ecologismo de los pobres*”, “*ecología de la subsistencia*”, “*ecología de la liberación*”– está creciendo para conducir a una distribución ecológica y económica que permita la sustentabilidad del planeta. La justicia ambiental propone una reflexión sobre la democracia y la justicia ambiental como ampliación complementaria de los derechos humanos y de la ciudadanía (Valencia, 2014).

ha pasado de ser simple garante del orden público constitucional para convertirse en un verdadero actor que incide en las políticas públicas en el país; muchas veces –aunque no siempre– acudiendo a la figura constitucional del estado de cosas inconstitucionales¹³. En este sentido, en al menos 13 ocasiones, la Corte Constitucional colombiana ha decretado lo que esta llama un *estado de cosas inconstitucional*, a partir del cual ha tomado decisiones que apuntan a remediar los problemas estructurales que generan ese estado¹⁴. No obstante, en algunos casos, también ha procedido de ese modo sin invocar, explícitamente, el término de estado de cosas inconstitucional (Osuna, 2015).

Esto obedece a varias razones, en primer lugar, es evidente que el legislador colombiano carece de técnica legislativa y

13 La figura del estado de cosas inconstitucionales es un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas (Quintero, 2011).

14 La sentencia que es considerada hito en materia de “*estado de cosas inconstitucional*” es la T-025 de 2004, que abordó la problemática del desplazamiento forzoso de población de Colombia, y en esta la Corte Constitucional que determinó de forma clara y precisa los requisitos o circunstancias que deben declarar dicho estado, y que podemos enumerar así: “1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”.

ausencia de voluntad para abordar ciertos hechos sociales relevantes que deben ser regulados mediante una ley o un acto legislativo, dejando un vacío institucional que afecta la efectividad de los derechos fundamentales, y, segundo, una creencia equivocada de que todos los problemas jurídicos que aquejan al país se curan con reformas constitucionales, legales y reglamentarias, que es señalada como un *Fetichismo Constitucional* desde el que se cree que la norma por sí sola produce efectos positivos en la realidad.

En esta línea, el fenómeno del activismo tiene múltiples causas, una de ellas es la excesiva judicialización de los conflictos, lo que ha llevado a una incidencia de las decisiones judiciales en las políticas públicas en general, y en las ambientales en particular, lo que de alguna manera representa el déficit de los otros poderes estatales frente al proceso de surgimiento de derechos de tercera y cuarta generación, basados en la solidaridad y en la equidad intra e intergeneracional, donde las generaciones presentes y futuras se conforman como sujeto grupal de derechos¹⁵.

Frente a esto, desde una perspectiva crítica, se dice que los jueces usurpan funciones propias del legislador, y partiendo de la premisa que la judicatura es un cuerpo

15 El primero en abordar los deberes frente a las generaciones futuras fue Rawls, que sin analizar cuestiones relativas al medio ambiente centró su estudio en la justicia intergeneracional únicamente para la fijación de una tasa de ahorro justo que la generación actual debería aceptar a favor de la próxima generación, este modelo adopta un equilibrio y solidaridad de las generaciones en el tiempo. Este interrogante de las futuras generaciones es objeto de pronunciamientos jurisprudenciales como es el caso de la Corte Suprema de las Filipinas que admitió una demanda de un grupo de menores en nombre propio y en representación de las futuras generaciones para proteger un bosque tropical. También en la Corte Constitucional de Colombia se aborda el tema, donde se ha reconocido que los derechos de las futuras generaciones actúan como un límite impuesto al goce de los derechos de las generaciones actuales, y al uso de los recursos naturales, en el contexto del desarrollo sostenible (Amaya A., 2016).

contra mayoritario que no representa ni a las mayorías ni a las minorías, se aduce que no debería gobernar tomando decisiones judiciales que se traducen en órdenes de naturaleza vinculantes para la administración y el legislativo, ya que al tomar decisiones con impacto en la definición de políticas públicas los jueces caen en contradicción del sistema clásico de división de poderes públicos, toda vez que ellos deben tomar decisiones por razones de legalidad y no de oportunidad.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos afirmar que el marco competencial de los jueces es impartir justicia y preservar el Estado Social de Derecho, mas no gobernar. Esto podría acarrear un problema de rompimiento del sistema por el hecho de invadir esferas propias de otros poderes; pero es necesario analizar que los espacios dejados por la administración u ocupados de forma ineficaz conllevan a que los mismos sean ocupados rápidamente por los jueces so pretexto de garantizar derechos fundamentales y colectivos, aunque esto podría ser percibido como que aquellos gobiernan al golpe de sentencia.

Frente a un comportamiento judicial que excede su tradicional rol, más si es reiterado, surgen cuestionamientos de legitimidad democrática, idoneidad al momento de edificar las políticas públicas, y ausencia de responsabilidad social y popular por parte de quienes toman estas decisiones; todo esto para lograr conciliar la autonomía de la administración con la protección de derechos e intereses individuales o colectivos.

El término activismo judicial es utilizado en el derecho global y local como una crítica a la actividad judicial. En este contexto, el activismo judicial tiene varios alcances, pero esta intromisión en la esfera de otros poderes del Estado por parte de los jueces no es un concepto que esté

totalmente depurado en la doctrina, a pesar de que este es un fenómeno que surge hace varios años¹⁶.

En cuanto a su origen, el apelativo a este tipo de actitud judicial fue usado por primera vez en 1947 con la clasificación que hizo *Arthur Schlesinger*¹⁷ sobre los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, a los que distinguió entre los “*activistas*” y los “*campeones de la restricción judicial*”, siendo los primeros los más dispuestos a emplear el poder judicial para su propia concepción de bien social (Lindquist, 2009).

Luego en 1954, la misma Corte estadounidense se autoproclamó “*activista*” –bajo la presidencia del juez Earl Warren– en el caso “*Brown c. Borrad of Education*”, en cuya sentencia declaró que la segregación racial en las escuelas era contraria a la decimocuarta enmienda de la Constitución (López, 2011). Desde este precedente, y hasta el caso “*Roe c. Wade*” (1973) se marcó un nuevo capítulo en el derecho constitucional norteamericano, en el que se abandonó gran parte de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Carta Política norteamericana. Esto desató, por un lado, una serie de críticas que tildaban de impopulares las decisiones tomadas y objetaban la revisión judicial por su naturaleza antimayoritaria y, por otro, el apoyo de ciertos académicos que presentaban ingeniosas teorías para justificar la intervención judicial.

16 Respecto del origen del concepto de activismo judicial se ha llegado a afirmar que este aparece desde la fundación de los Estados Unidos y las advertencias que al respecto hace Hamilton en “*El Federalista*” (Lindquist, 2009).

17 Sin embargo, también se ha indicado que los primeros en utilizar esta expresión fueron Lambert (1921) y Boudin (1911), siendo luego retomada por Neuborne (1982) y Davis (1987), entre otros (Aguilar, Gajardo, & León, 2015).

El desarrollo moderno de esta práctica judicial se da en Estados Unidos¹⁸, toda vez que este país ofrece una visión especial de la creación judicial, pues por antonomasia se dedican a solucionar todos los casos a través del precedente por su sistema jurídico *common law*, caracterizado por sus antiformalismos y pragmatismos reiterados.

Con esta práctica judicial se empieza a discutir la validez de distinción clásica entre decisión judicial y legislación, la cual está íntimamente ligada a varias diferencias, entre estas un tribunal y un cuerpo legislativo, aplicar y crear derecho, derecho y política, derechos y poderes. La decisión judicial es lo que hacen los tribunales y la legislación es lo que hacen las legislaturas; esta definición excluye los conceptos, pues un actor no puede estar haciendo ambas cosas a la vez, decidir una cuestión de una manera excluye decidirla de la otra, aplicar derecho existente a hechos existentes es diferente de crear nuevo derecho para aplicar a hechos futuros o pasados (Kenedy, 2010).

Esta distinción fue el cimiento fundamental de la teoría normativa del liberalismo, es decir, creencia en los derechos individuales, regla de la mayoría e imperio de la ley, separación de poderes como un medio para proteger derechos individuales en un régimen de la mayoría. Todo esto comienza a ser relativo cuando los tribunales empiezan en el mundo a distorsionar estas distinciones entre el poder judicial y el legislativo, en aras de garantizar derechos fundamentales y colectivos¹⁹.

18 Sin perjuicio de ello, históricamente existe un antecedente llamativo en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “*saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese*” otorgándoles un poder muy amplio a los jueces en aras de esclarecer la verdad del litigio.

19 Vid. (Naranjo, 2001), (Olano, 2005).

1.2 MARCO CONCEPTUAL

La expresión activismo judicial tiene varias acepciones, la primera, de índole gramatical, según la Real Academia Española (2014) donde el activismo implica: *“Tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico”*²⁰. Desde el análisis doctrinal, un primer concepto lo propone Green (2009) así: *“Como el abuso del poder sin supervisión, que se ejerce fuera de los límites de la función judicial”*. La expresión de poder sin supervisión la hace el autor para referirse a la fortaleza que tienen las decisiones judiciales y la independencia de la judicatura, como el carácter vitalicio del cargo y la inexistencia de un juicio político, características propias del sistema norteamericano (Castaño, 2013).

Un segundo concepto, opuesto al anterior, lo formula Bolick (2007): *“El activismo judicial –entendido en el sentido de que los tribunales mantienen el poder legislativo y ejecutivo dentro del límite constitucional– es esencial para la protección de las libertades individuales y la vigencia efectiva del Estado de derecho”*.

Una tercera acepción doctrinal es la que trae Cabrillo (2011): *“Decisiones de los órganos de la Administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por el legislador”*.

20 Desde la perspectiva de Benvindo (2010) el activismo judicial estará presente donde quiera que haya jueces y que su carácter subjetivo lo lleva a convertirse en un “significante vacío”, pues como la belleza depende de quien lo apreció. Entonces, al no tener una definición unívoca, es utilizada con la carga emocional y política que le imprime quien lo enuncia, generalmente de una forma negativa cuando no se está de acuerdo con una decisión judicial en particular. Este fenómeno es clasificado en activismo razonable, irrazonable y social.

Y una última de un grupo de tratadistas que afirman que es: “*La justa intervención del aparato de justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros órganos de poder*” (Landau, 2010) (Pisarello, 2000) (Lopez, 2004). Esta corriente se ha venido extendiendo a lo largo del continente y es considerada como de pensamiento jurídico que invita al juez a ser más garantista, más osado y audaz en la interpretación de la norma, más irreverente a los paradigmas y los dogmas petrificados y lo invita a tener una visión en clave de realidad social material y no de realidad formal cimentada en recalcitrantes y ortodoxos sistemas anquilosados (Mejía & Perez, 2015).

También es oportuno diferenciar entre activismo y deferencia judicial, esta última es una perniciosa actitud de los jueces y tribunales, pues es contraria al encargo constitucional de un juzgamiento efectivo de la administración; esta práctica consiste en rechazar *a limine* acciones y recursos, sin evaluar ni ponderar la situación objeto del litigio, siendo esta una práctica extrema y antidemocrática, que se traduce en la negación de justicia²¹.

A estas acepciones es importante añadir el papel que juegan las ideologías políticas en la interpretación jurídica—sean las tradicionales como el “*liberalismo*” y “*conservadurismo*”, u otras manifestaciones contemporáneas como el “*ambientalismo*”²², lo que se constituye en una tendencia a

21 Los jueces son conocidos como minimalistas o exegetas, donde es clara la abdicación de la función judicial. Esta práctica judicial, paradójicamente, es planteada por algunos como un remedio al activismo judicial, frente a lo que afirman algunos autores como Vergara (2015), que sería imponer una reverencia de los jueces ante los órganos de la administración, lo que derivaría en una especie de despotismo administrativo.

22 Es posible identificar un contenido ideológico, basado en el pensamiento ambientalista, que incide en los movimientos sociales y en las políticas públicas. Al respecto, Farrera (2010), luego de repasar la evolución y actualidad

elegir normas jurídicas asociadas con estas. Esto implica la consolidación de motivaciones ideológicas que concluyen con determinados resultados plausibles en los fallos judiciales. En el discurso jurídico contemporáneo, una ideología es un “*proyecto de universalización*” (Habermas, 1987), es decir, la aserción de una concepción controversial de la justicia.

El juez activista, afirma Kennedy (2010)²³, es quien invierte una importante cantidad de energía y tiempo en la elaboración de una interpretación jurídica diferente a la tradicional, que satisfaga la motivación extrajurídica que lo guía, de modo que el resultado del pleito sea más acorde con su preferencia sobre lo que el derecho debiera amparar y por esto, aunque no tiene una preferencia hacia una de las partes, no es neutral en el uso de los recursos²⁴.

del movimiento ecologista y su configuración en partidos políticos, concluye que este movimiento desde el punto de vista ideológico presenta una postura socialista de corte progresista, caracterizada por una inconformidad acerca del papel del Estado con respecto del medio ambiente y por una agenda empeñada en promover políticas públicas encaminadas a la mejora medioambiental y regulaciones de corte fuerte con respecto de los daños al ambiente, generados por el sector público o el privado. Foladori (2005), a la vez que describe el espectro ideológico-político del ambientalismo, explica que parte de ese pensamiento conforma los llamados partidos verdes y otros grupos ambientalistas, los que consideran que su propuesta política es una alternativa al industrialismo que propician tanto el comunismo como el capitalismo, por lo que aquel no es propiamente ni de derecha ni de izquierda, sino que tiene una entidad propia por estar “al frente” de esas otras propuestas.

- 23 Kennedy es el reconocido profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, fundador de la corriente de pensamiento jurídico denominado *Critical Legal Studies* (CLS), su principal propósito es desenmarcar las pretensiones de neutralidad y apoliticidad de las teorías jurídicas tradicionales. Su foco se ha puesto sobre la cardinal influencia que la ideología tiene en la práctica cotidiana de los jueces a la hora de interpretar el derecho. Toda esta tradición de estudios críticos jurídicos, donde la figura de Kennedy resulta emblemática, se ha presentado como un “virus” que ha puesto en cuestión no solo el actuar de los jueces sino la propia concepción moderna del Estado de derecho y la democracia.

24 Vid. (De Fazio, 2011)

Teniendo en cuenta lo anterior, el profesor Kennedy identifica tres modelos de juez activista. En primer lugar, los “*jueces restringidos*”, encargados de moldear el significado legislativo según sus preferencias valorativas, ya sean liberales o conservadoras, y al aplicar la norma para el caso concreto, esta representará la mejor interpretación que ha podido encontrar el juzgador, y su sentencia es formalmente jurídica y refleja su honesta creencia que el derecho exige la respuesta que el juez ha alcanzado con el litigio, es activista por la motivación extrajurídica que tiene para saber cuál es la sentencias justa.

Segundo, están los “*jueces mediadores*”, o activistas comisionados para la toma de decisiones mediadoras entre los dos polos, restringidos y bipolares. Esta postura judicial es la más pasiva de las tres, pues genera una idea de la forma como los grupos de interés persiguen el conflicto ideológico a través de las decisiones judiciales, analiza las posturas de los jueces restringidos y bipolares y elige una interpretación que se ubica en el medio.

Y, por último, se encuentran los “*jueces bipolares*”, que pueden tener múltiples actitudes a la hora de fallar, ya que en unos casos toman cierta cautela ante los poderosos con el propósito de conservar sus cargos, y en otros demuestran cierta neutralidad al fallar en algunas oportunidades para un bando y en otras para otro. Lo que hace que estos jueces sean bipolares es que tienen una tendencia constante a alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo, pues no pertenecen a un campo ideológico que pueda ser el patrón decisional en las decisiones judiciales, al contrario, resulta difícil predecir su postura ideológica en determinado caso (véase cuadro 1).

Con esto es posible identificar varios tipos de actuaciones activistas por parte de los integrantes del poder judicial, destacando que existe un activismo judicial que se puede

CUADRO 1. PERFILES DEL JUEZ ACTIVISTA

Tipo de Juez	Características
Juez Restringido	- Tiene una preferencia normativa distinta de la que piensa que tal vez debería aplicar, no una preferencia por una de las partes del litigio. - Elabora una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la más acertada. - Construye interpretaciones “demasiado liberales”. - Tiene una motivación extrajurídica para lograr una sentencia justa.
Juez Mediador	- Considera que las decisiones judiciales tienen un sistema binario, “o lo uno o lo otro”. - Le interesa más la estructura de las normas, que las partes particulares del litigio. - Su papel en el interior de un tribunal es sentar una posición moderada desde el punto de vista ideológico.
Juez Bipolar	- Tiene una tendencia constante a alternar las ideologías a lo largo del tiempo. - No pertenece a un campo ideológico. - En algunos casos participa activamente en la construcción de las sentencias activistas, pero en otros es independiente y se retira de la discusión.

Fuente: (Kennedy, 2010)

Elaboración: propia

dar en el marco de la legalidad, en la medida en que respeta y fundamenta sus decisiones en el margen discrecional de interpretación permitido por el sistema jurídico. En este sentido, Pinto & Martin (2015) citando a (Kennedy, 2010) afirman que el juez echa mano de los recursos que le suministra el derecho para encontrar una solución del caso, aunque tal vez esa solución, en cierta forma posible en la interpretación, no era impuesta inicialmente en el mandato legal. Es decir, que el activismo legalista no va en contra del derecho, al contrario, lo garantiza y en ciertos casos lo complementa y lo enriquece, generando una especie de diálogo entre los órganos judiciales y el ejecutivo, en otras palabras, un activismo legítimo.

De manera coincidente con este razonamiento, Dworkin (1981) afirma que el juez puede tomar distintas posturas

según el marco conceptual que asuma, desde los reglamentos –es decir, el derecho escrito–, o desde los derechos –o sea, el derecho subjetivo que se reglamenta–. El juez se puede alejar de la letra expresa de la ley porque no se está respetando el derecho que se ha reconocido, en otros términos, darle una interpretación a la letra de la ley acorde con el sistema jurídico; este es el modelo que se denomina *del juez Hércules*, quien es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen las decisiones, por esto debe acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente²⁵.

A pesar de esto, no se puede entender que el juez tenga una verdadera discrecionalidad judicial, ya que si se admitiera esto los derechos del conglomerado social estarían a merced de los jueces y supondría retroactividad²⁶ (Dworkin, 2012).

Las decisiones activistas son objeto de críticas de diversa índole, todas en el marco de la categoría denominada “*autoritarismo judicial*”. Estas críticas son, por un lado, por la falta de información que los jueces pueden tener para tomar decisiones que son de la competencia de otras entidades en el campo del Derecho Ambiental, nociones técnicas propias de esta rama del derecho público; también las críticas han girado en torno de la legitimidad democrática del mismo, por el origen de los magistrados de las Altas

25 Vid. (Arango, 2016) (Ferrajoli, Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización, 2005).

26 Dworkin (2012) al referirse de discrecionalidad judicial no lo hace como sinónimo de autoritarismo judicial, es una discrecionalidad reglada, desde los derechos.

Cortes y su ausencia de responsabilidad política²⁷, y en esa medida parecen menos legitimados para tomar decisiones que deberían ser objeto de deliberación en órganos como el Congreso (Castaño, 2013).

Como se puede extraer de las diferentes posturas autorales sobre el concepto y el perfil del juez activista, este no es un tema pacífico en la doctrina del derecho público; al contrario, es un tema controvertido en el que se presentan diferentes vertientes interesantes para el análisis frente a una serie de comportamientos propios de estos jueces que en ciertos casos reemplazan o subrogan la labor de la rama ejecutiva o legislativa del poder público²⁸, donde esta práctica pareciera que borra, o al menos modula, el principio de división tripartita del poder público. A pesar de que la división de poderes coexiste con otro principio –el de la colaboración armónica– según el cual excepcionalmente las ramas del poder pueden ejercer funciones propias de otra rama, lo cierto es que cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional se desvanecen los límites competenciales de la función pública²⁹; ambas posturas clásicas son la restricción judicial y la juristocracia, representantes del conjunto de teóricos en esta materia.

27 Frente a la crítica de ausencia de legitimidad democrática de los jueces, Posner (2000) se refirió en estos términos: *“una diferencia institucional digna de consideración es la mayor utilización del proceso electoral para la selección de los legisladores que para la de los jueces. Ese proceso crea un mercado para la legislación en el cual los legisladores ‘venden’ protección legislativa a quienes puedan promover sus perspectivas electorales con dinero o con votos”*.

28 Se afirma que este nuevo escenario permite que el juez tenga un mayor margen de maniobrabilidad *“decisional”*, pues las reglas cerradas se rompen, dejando espacios para que puedan realizar abstracciones hermenéuticas y deseche el vetusto esquema de construcciones silogísticas para la solución de casos. Se abre paso a un *“Temis”* que descubre su velo para ver y pronunciar más allá de lo que dice la ley (Mejía & Pérez, 2015).

29 Vid. (Fiss, 1978)

Una postura intermedia a estas dos que parecieron irreconciliables es la que plantea Klein (2008), quien afirma que los tribunales en lugar de desempeñar funciones clásicas de adjudicadores de conflictos, deberían recurrir a procesos judiciales promotores de la deliberación y la acción comunicativa entre el Estado y los agentes sociales, y fomentar la consideración razonada de soluciones alternativas a los dilemas distributivos urgentes.

Por otro lado, el activismo puede ser evaluado recurriendo a la útil distinción planteada por Tushnet (2009), entre el contenido de los derechos reconocidos por los tribunales, las medidas adoptadas por estos que buscan hacer efectivos los derechos, es decir, los remedios para el problema estructural, y los elementos de seguimiento.

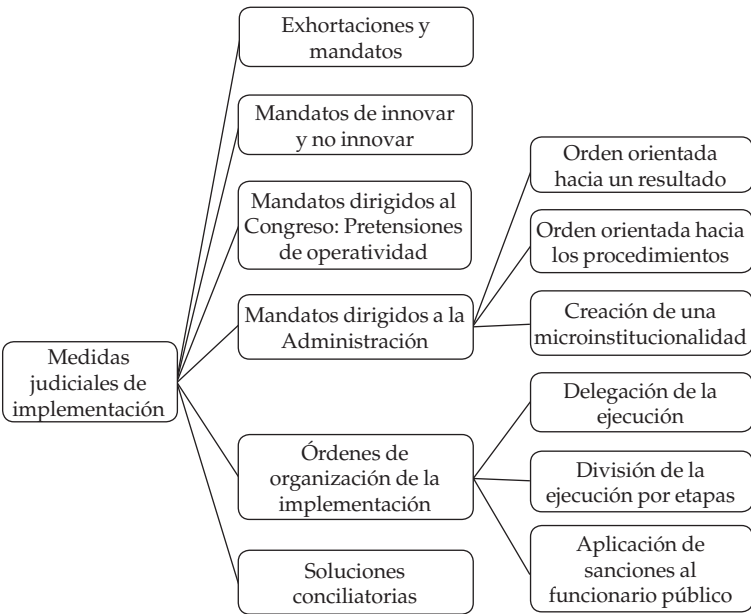
En ese análisis, en primer lugar, el derecho tutelable es la principal variable para catalogar o no a un juez activista; se considera que un tribunal es activista moderado si sigue al menos un enfoque moderado de los derechos, o sea, reconoce su exigibilidad judicial, aun cuando establezca restricciones procesales o sustantivas al cumplimiento judicial; y es activista fuerte cuando sigue un enfoque de derechos fuerte al adoptar una concepción de “*núcleo mínimo*” con respecto del contenido del derecho, y tiene la competencia de exigirle a la rama ejecutiva que garantice el goce pacífico mínimo de ese derecho y genere un estado de bienestar material (Garavito & Rodríguez, 2015)³⁰.

Y en segundo lugar, en cuanto a los remedios, los tribunales pueden adoptar soluciones fuertes o débiles, lo que variará teniendo en cuenta la amplitud de las órdenes judiciales y el grado de obligatoriedad y perentoriedad de las mismas.

30 Vid. (Saffon & García-Villegas, 2011)

En este sentido, Lorenzetti (2008) formula un interrogante ateniendo a las medidas que podría llegar a tomar un juez para garantizar la eficacia de las decisiones en materia ambiental y frente a esto se responde con un gran espectro de posibles caminos que puede tomar un juez, las que se resumen en el cuadro 2.

CUADRO 2. MEDIDAS JUDICIALES DE IMPLEMENTACIÓN



Fuente: (Lorenzetti, 2008)
Elaboración: Propia

Estas medidas de implementación judicial resultan útiles y pertinentes para ampliar este marco conceptual.

En primer lugar, están las exhortaciones y mandatos, estos contienen una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación les corresponde a otros poderes y se busca exhortarlos para

que se hagan efectivos. Se consagra una obligación jurídica indeterminada, no hay derecho para exigir el cumplimiento de fallo y el principal objetivo es fortalecer el debate democrático en el interior del Parlamento para que legisle sobre un tema en particular.

Segundo, los mandatos de no innovar y de innovar. Una vez el juez recibe un reclamo judicial puede ordenar que la situación no sea innovada, es decir, que no cambie durante el proceso: el juez dispone una situación de inmovilización hasta que resuelva, ya que es necesario inmovilizar la situación porque de seguir el curso normal se ocasionaría un mal mayor. Y la innovación es una modificación sobre el objeto del litigio tomada por el juez antes de la decisión final, la que en el derecho anglosajón ha adquirido autonomía y se llama *injuctions*, lo que se traduce en una obligación de hacer, que es una hipótesis de ordenar alterar una situación de hecho.

Tercero, los mandatos dirigidos al Congreso, considerados como pretensiones de operatividad. En esta tipología se ordena a la rama legislativa ejerza sus funciones en un tema específico, para lo que en ciertos casos fija un plazo razonable. Una vez este recibe el mandato por parte del juez, podrá tomar la decisión si cumple la labor encomendada o no, y el juez decidirá si adopta una decisión sustitutiva.

Cuarto, los mandatos dirigidos a la administración. Estas son órdenes que da el juez a la administración pública en todos los niveles –nacional, regional o local–; en estos supuestos el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación. Dentro de estas órdenes existen algunas tipologías que son identificadas como pretensiones de operatividad, orden orientada hacia un resultado, orden orientada hacia los procedimientos y creación de una microinstitucionalidad. En algunos de estos casos, el poder judicial respeta la

discrecionalidad de la administración y en otros el poder judicial avanza y los define por sí mismo.

Quinto, órdenes de organización de la implementación, dentro de los que se destaca la delegación de la ejecución, división de la ejecución por etapas y aplicación de sanciones al funcionario público.

Y, sexto lugar, soluciones conciliatorias. Realmente estas son escasas en la práctica, pues los bienes colectivos son catalogados como indivisibles e indisponibles y la legitimación extraordinaria que tienen quienes ejercen los mecanismos procesales no implica que sean los únicos titulares de los bienes jurídicos, por esto esta hipótesis se dificulta. Pero eso no impide que se celebren acuerdos para el cumplimiento de las obligaciones (Lorenzetti, 2008).

Completando este análisis, también resulta pertinente estudiar la ejecución de las decisiones de los tribunales como un elemento central de la valoración del activismo judicial, pues aunque los tribunales pueden tomar distintas decisiones, lo importante –según Lorenzetti (2008)– es no romper la república e implementar mecanismos de cumplimiento voluntario, ejecución forzada y generar disuasión. En la realidad, los mejores resultados de ejecución de los remedios adoptados por los jueces son aquellos que derivan de un cumplimiento voluntario por parte de los actores, superiores a los que resultan de la aplicación de la fuerza, teniendo en cuenta que estos implican que el Estado, a través de la rama Ejecutiva, cuenta con sistema de sanciones administrativas y judiciales eficaces para obligarlos a cumplir los fallos.

Y el otro elemento que debe ser analizado, según esta doctrina, es el seguimiento de las medidas adoptadas en los fallos activistas, que puede ser fuerte, moderado o débil. Por ejemplo, es fuerte, cuando el tribunal ordena una comisión de seguimiento a los remedios establecidos en la sentencia

estructural para que rinda informes y dictámenes e informe al tribunal, o la creación de una sala de seguimiento por el tribunal responsable de supervisar el cumplimiento.

En líneas generales, el seguimiento es un elemento central del activismo, pues está presente la voluntad del tribunal de intervenir de forma activa en el proceso de implementación de las órdenes o remedios tomados en los casos estructurales, y lo hace fijando, además, plazos y valores de referencia, y en ciertos casos dicta nuevos fallos que reconocen los progresos y avances y estimula nuevos espacios de discusión³¹. En este punto, en algunos casos se estatuyen jueces de ejecución, quienes en teoría solamente deberían exhortar y vigilar el cumplimiento de las órdenes del juez de la causa sin entrar a “administrar” con las autoridades administrativas, como ha ocurrido en algunos casos en que los jueces de ejecución llegan a otorgar permisos, hacer extensivo el fallo a otras causas similares y en general a suplantar a la autoridad administrativa³² (véase cuadro 3).

Por último, resulta importante mencionar que el fenómeno del activismo judicial pareciera que es un síntoma de desequilibrio del Estado moderno en el mundo. Este acontecimiento aborda problemas de eficacia y justicia de la institucionalidad en casos puntuales de remedio de riesgos estructurales. El Estado moderno y la democracia moderna están en crisis, frente a lo cual el activismo busca que el

31 En relación con este elemento central de las sentencias activistas como es el seguimiento, el profesor Bernal Pulido plantea una pregunta, y es si la Corte debe cesar en el ejercicio de tal competencia de verificación, a pesar de que tras varios años, las órdenes no se han cumplido a cabalidad; aunque no parece razonable que la Corte ejerza esta función a perpetuidad, si la Corte deja de verificar el cumplimiento de sus órdenes, entonces deberá aceptar el no acatamiento de sus fallos o admitir que son de imposible cumplimiento (Bernal, 2016).

32 Un análisis crítico en este sentido se puede apreciar en (Pinto & Martin, 2011).

CUADRO 3. EL SEGUIMIENTO COMO ELEMENTO CENTRAL
DE LAS SENTENCIAS ACTIVISTAS

Seguimiento	Instrumentos de seguimiento
Fuerte	- Nombramiento de comisionados que supervisen en detalle la implementación de las sentencias estructurales a lo largo de los años e informen. - Creación de salas de seguimiento. - Implementación de plazos y valores mínimos de referencia para el cumplimiento. - Desarrollo de baterías de indicadores de goce efectivo de derechos. - Diseño de agendas comunes para las autoridades involucradas.
Moderado	- Solicitud de informes de seguimiento voluntario. - Exhortaciones a las autoridades para el cumplimiento de sus funciones. - Reuniones con las comunidades involucradas en el litigio. - Busca darles publicidad a las decisiones adoptadas.
Débil	- No mantiene su competencia sobre el caso. - Solicita a otras autoridades administrativas ejercer el control y seguimiento al fallo.

Fuente: (Tushnet, 2009)
Elaboración: Propia

legislador y el ejecutivo hagan su trabajo de forma articulada y generen solución a los problemas estructurales que afectan a los derechos colectivos.

1.3 EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU CONFIGURACIÓN

Como se observa *supra*, el activismo judicial es una práctica reiterada en los tribunales de la mayoría de los países del planeta, con una notoria influencia del modelo norteamericano en el interior de otros sistemas jurídicos, logrando permear las esferas de los países que siguen un sistema romano-germánico, como el colombiano; de modo que estas diferencias entre estos dos sistemas hoy no sean tan claras, constituyendo por esto un problema que debe ser

objeto del análisis jurídico³³. En este sentido, el actuar activista de los jueces tensiona el papel de los mismos frente al que es propio del legislador y de quienes ejercen la función administrativa, tornándolo de forma que se manifiesta en decisiones judiciales que se traducen en órdenes para la administración y el legislativo que resultan vinculantes, generando una contradicción en el sistema de pesos y contrapesos, cuando realmente la judicatura debe resolver las causas por razones de legalidad y no de oportunidad³⁴.

La figura institucional que más cambios ha tenido a lo largo de la historia social y política de los Estados, es la del juez, en un proceso de transformación de la judicatura donde se ha convertido en el foro de discusión y solución de diversos tópicos del más diverso calado³⁵. Esta transformación inicia con la crisis político institucional ocurrida en Europa y, especialmente, en Alemania, que en 1919 posibilitó los cambios en las reglas institucionales. Carl Schmitt fijó algunos conceptos al tema en cuestión, acorde con los cuales el poder judicial no puede ser el protector de la Constitución, sino que el presidente del Reich debe ser su único defensor (Feoli, 2015).

Shapiro (1981) inaugura su clásico libro sobre Cortes con una descripción del tribunal “*prototipo*”, que rechaza por su poca utilidad; las Cortes suponen un juez independiente, aplicando normas legales preexistentes en un proceso contradictorio que tiene como finalidad obtener una decisión de tipo dicotómica, en la que a una de las partes

33 Vid. (Aja, 1998), (AA.VV, 2013), (Maranielo, 2012), (Sierra Porto, 2010).

34 El *checks and balances* es un principio del constitucionalismo anglosajón, acogido por la cultura jurídica hispano-parlante, donde cada una de las ramas del poder se controlan unas a otras, para prevenir que una de estas se convierta en suprema y el objetivo de esto es incentivarlas a cooperar.

35 Vid. (Pasara, 2004)

se le adjudica un derecho y a la otra se la considera que está equivocada (Brinks & Gauri, 2014). Lo que frente al fenómeno del activismo pareciera un estado ideal de las Cortes, pues esta descripción deja atrás aspectos propios de los jueces como es su ideología, la cual juega un papel determinante en los casos que aborda y en las medidas judiciales que ordena implementar.

En contraposición, Mejía & Pérez (2015), analizando el pensamiento de Hans Kelsen (1988), refieren a un juez que es el único guardián de la Constitución, por pertenecer a un poder políticamente no influenciable y técnico en la materia, de modo que el Poder Judicial es un poder miembro del Estado que busca y protege los derechos y el equilibrio de justicia.

En este contexto, Feoli (2015) –analizando la postura del profesor italiano Guastini– advierte que el activismo judicial representa una forma de entender la interpretación jurídica; realmente expone la oposición entre *judicial activism* y *judicial restraint*, planteada en el derecho anglosajón, y que refleja una discusión mucho más antigua entre una ideología dinámica³⁶ y una ideología estática³⁷ de la interpretación.

Así, han existido dos modelos de justicia clásicos en la historia del poder judicial en el mundo: la primera, una justicia catalogada de legalista liberal, que se caracterizó por la primacía de la ley, la separación de poderes y una interpretación para resolver los conflictos, y una segunda

36 Esta se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho de la vida social y recomienda una interpretación que atienda a nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas, sugiere cambiarle el significado de un texto normativo a la luz de los valores de la sociedad en un momento determinado (Feoli, 2015).

37 Esta se funda en valores de estabilidad de la disciplina jurídica y de la certeza del derecho. Por esto aconseja al juez una interpretación estable, fija y constante diacrónicamente, sin grandes modificaciones (Feoli, 2015).

justicia, llamada normativa tecnocrática y científica, que es esencialmente funcional, instrumental y evolutiva, donde el centro gravitacional está en el juez, quien tiene una nueva posición y actitud frente a la forma de interpretar las normas y resolver los casos, convirtiéndose en el único guardián de la Constitución, de las libertades y las garantías constitucionales³⁸.

No obstante, el fenómeno del activismo judicial es vasto y a la vez está muy parcelado, habiendo sido el instrumento para realizar transformaciones sociales y económicas en el interior de los distintos sistemas jurídicos en el mundo; en todos ellos ha servido para que el juez, con entera discrecionalidad, lea, interprete y aplique “*valores y principios*” útiles a su causa, una herramienta de protección constitucional. El activismo está más allá de las discusiones jurídicas de principios y reglas, los jueces se convierten en agentes de causas políticas y transforman el derecho legislado en reglas jurisprudenciales y judiciales.

Se ha llegado a afirmar que la mayoría de los jueces y tribunales neoconstitucionales son activistas, se han convertido en legisladores y promotores de políticas públicas, un activismo judicial de corte social. Es por esto que en sociedades altamente desiguales vale la pena cuestionar si acaso el juez se debería concebir como el último reducto que el Estado de Derecho les asegura al individuo y a las comunidades para alcanzar las condiciones sociales mínimas; en esta línea, se ha planteado un nuevo papel del juez del siglo XXI como garante de los derechos humanos (Aguilar, Gajardo, & León, 2015).

38 En materia de interpretación judicial y el papel que cumple esta en el Estado Social de Derecho, Vid. (Uprimny & Rodríguez, 2008)

La tensión entre las referidas perspectivas se puede advertir en numerosas situaciones. En Estados Unidos, el Gobernador de Nueva Jersey les pidió a los jueces de la Corte Suprema de ese Estado que se abstuvieran de legislar desde el foro y se limitaran a interpretar y aplicar las leyes, debido a que, mediante sentencias, se han elevado los gastos fiscales, y como respuesta a estos reclamos Barak (2006) defiende esta tendencia judicial, pues ve en ella una forma de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la Constitución o de la ley.

En concordancia con lo anterior el profesor peruano Pasara (2007) afirma que los jueces asumen un papel protagónico en el proceso de cambio social, una magistratura activista se expresa a través de tres formas, a saber: en primer lugar hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; segundo, expresa su preocupación por resolver, por medio de la decisión judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal y, por último, el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto mediante el diseño de políticas de Estado que no son establecidas por los poderes Ejecutivo ni Legislativo.

La principal crítica formulada al activismo gira en torno de la seguridad jurídica del Sistema Democrático. García & Verdugo (2013) sostienen que: *“Se suele acusar de activista aquellos jueces que no siguen las pautas normativas que han sido acordadas en la Constitución Política, desconocen la asignación de roles dentro del sistema político”*; crítica que está encaminada en una dimensión democrática y en función de la legitimidad de las decisiones judiciales. En este sentido, Dworkin (2012) ha llamado este razonamiento como el argumento democrático, que establece que las decisiones

políticas deben ser tomadas por funcionarios elegidos por la comunidad en su conjunto.

Este argumento democrático considera que los jueces deben ser respetuosos de la voluntad democrática en sus decisiones, así como de no causar un impacto negativo en el sistema jurídico-político. No obstante, esto implicaría limitar el papel del juez, restringiendo al máximo su actividad interpretativa y, en todo caso, apartándolo del sentido o intención original que tuvo el legislador al momento de crear la norma (Aguilar, Gajardo, & León, 2015).

Como se puede observar el elemento nuclear del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias interpretativas a los otros poderes del Estado, es decir, la visión judicial prevalece a contramano de cualquier otra. Realmente, este es un concepto radial, en oposición a la clásica concepción centralizada, pues las decisiones judiciales no tienen un núcleo invariable y rígido de características uniformes, pues el activismo es una sucesión de comportamientos realizados por los jueces, como la interpretación sin ceñirse a la literalidad, anulación de decisiones de los otros poderes del Estado, definición de una política pública.

Frente a esta problemática que pareciera irreconciliable, surge una posición bien interesante, que percibe en el activismo el papel de generar un diálogo entre los jueces y las legislaturas, como lo propone Hogg y Bushell (2014) en el caso de Canadá, donde la Corte Suprema es un cuerpo de abogados de mediana edad, no elegidos y con ausencia de responsabilidad directa ante la ciudadanía, resultando evidente que cuando este órgano deroga leyes sancionadas por órganos legislativos electos, responsables y representativos, no se debe generar un descontento institucional, porque la revisión judicial no puede ser –como expresó Dworkin (1981)– *“un poder de veto sobre las políticas de la nación”*, sino

el comienzo de una conversación acerca de cómo conciliar de la mejor manera los valores individualistas de la Carta con la realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad.

El propósito central de esta charla es reconocer las fallencias del quehacer legislativo; y este propósito debe ser ejercido en el marco de los límites de la competencia y las atribuciones del Poder Judicial en la materia, en el contexto de las inquietudes generadas por la capacidad de la democracia en su conjunto para dar respuesta a la ciudadanía por medio del proceso de deliberación constitucional.

Este diálogo es propiciado por la intervención judicial para promover una tenue densificación regulatoria y la activación de los organismos estatales responsables. Este es el llamado fenómeno de cooperación constitucional, que busca no solo la promoción de las conversaciones, sino el cambio en la dimensión institucional de ver los derechos³⁹.

Por consiguiente, esta doctrina es propositiva, pues no se queda en lanzar fuertes críticas al activismo sino, al contrario, edifica posibles soluciones en el interior de los Estados, como es poner a dialogar a los distintos poderes –ejecutivo, legislativo y judicial–, y, de este modo, materializa los postulados de justicia material en la sociedad. Además, es un desarrollo del principio de colaboración armónica entre los poderes del Estado, quienes deben garantizar el goce pacífico de los derechos de los asociados.

También Vergara (2015) afirma que es necesario defender un modelo de justicia moderno y democrático; moderno, tanto por su especialización como por la tendencia a dictar

39 Frente a esta posición referente al diálogo institucional también se presentan cuestionamientos por parte de la doctrina, pues –como sostiene Roach (2004)– la metáfora del diálogo terminó siendo invocada para justificar algunas de las decisiones judiciales más controvertidas de los últimos años.

sentencias de acuerdo con principios; y democrático, tanto por la abstinencia política de sus jueces como por la observancia de las genuinas fuentes de derecho al dictar sus sentencias. Es necesario que la justicia tenga cuatro características, la especialización, el recurso a los principios, la necesidad de respetar las fuentes democráticas del derecho y la vocación apolítica de la judicatura⁴⁰.

Asimismo, defiende el papel democrático que tienen los jueces en la sociedad debido a la relación que existe entre jurisprudencia y democracia, la primera de ellas constituye una de las dimensiones empíricas del derecho en el sistema democrático, por tanto, los jueces tienen como misión esencial la planificación social y hacer efectivo el ideal de que sea el derecho de ese mismo pueblo el que rija sus conductas (Vergara, 2015).

Así pues, el activismo judicial juega un papel determinante en el Estado moderno y será necesario seguir analizando las diferentes vertientes que cada día lo consolidan, como la práctica reiterada de los tribunales en el mundo, siendo un tema de debate constante, por parte de los

40 La especialización es un valor de la modernidad, el juez actúa con mayor soltura y naturalidad cuando es especialista en la materia. En Chile existen hoy jueces administrativos especializados, transformando a la jurisdicción administrativa en un sistema fragmentado con tribunales tradicionales y especializados. Desde 2003, fruto de una novísima tendencia, el legislador creó tribunales especializados, fuera del poder judicial, con competencia anulatoria de actos administrativos, respecto de materias muy concretas, relativas a sectores económicos y asuntos muy especializados, dentro de estos se destaca el tribunal de Contratación Pública, Panel de Expertos en Electricidad, Consejo para la Transparencia, Tribunales ambientales y Tribunales aduaneros.

Las principales características de estos nuevos tribunales son la autonomía e independencia, competencias delimitadas por su especialidad, plazos reducidos para la resolución de las controversias, uso de técnicas procesales novedosas y están sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Vid. (Vergara, 2015).

académicos y juristas, en las principales universidades y centros de investigación del planeta.

1.4 EL ACTIVISMO JUDICIAL EN COLOMBIA

En consonancia con los aspectos generales referidos sobre el activismo judicial, se puede considerar que Colombia es un país que tiene una alta conflictividad, especialmente en temas ambientales⁴¹, lo que ha conducido a que todos los problemas de políticas públicas sean asuntos planteados para su resolución por parte de los jueces. Por esto, un sector de la doctrina considera que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional invaden los campos del legislativo y contribuyen a crear un clima de inseguridad jurídica⁴².

Con una posición bastante radical Velilla (2014) afirma que en materia ambiental el juez administrativo no se puede limitar a su papel pasivo y debe ser *“menos conservador, apartándose del paradigma tradicional, neutro y fragmentado en la valoración del caso y pasar a un paradigma sistemático, consciente de que tiene un deber propio y un poder de dirección, orientados a dar cumplimiento a las finalidades constitucionales de las obligaciones estatales en la protección del medio ambiente”*; el autor sugiere que el papel del juez es una especie de docente, pues con sus decisiones soluciona una controversia, brindando una enseñanza conducente a promover la

41 En el Atlas de Justicia Ambiental, realizado por Martínez (2016), donde se analizan los conflictos ambientales en 16 países en América Latina, Colombia se ubica en el primer puesto con 72, los principales problemas son la extracción minera y combustibles fósiles.

42 Como es el caso de Luis Carlos SÁCHICA e Iván VILA CASADO. El primero cataloga a la Corte con el apelativo de bizca o que padece estrabismo, pues la causa de hacer con un ojo guiños a la política y con el otro mira su jurisprudencia petrificada. Vila asegura que se han *“brincado la cerca”*, pues se abrogan competencias no contempladas (López, 2011).

educación ecológica. En este mismo sentido, afirma Cafferratta (2010), que el juez debe adoptar un papel activo “*de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaborador, agente de cambio social*”.

De las múltiples preguntas que surgen en los tiempos posmodernos, es si un juez está legitimado para construir política pública o si, por el contrario, está excediendo sus funciones y desplazando las competencias de la administración (Guiza & Rodríguez, 2015).

Este tópico ha cobrado vigencia y envergadura frente a la ineficacia de las políticas públicas de la administración y la agudización de las problemáticas que involucran la vulneración de derechos fundamentales y colectivos. Es entonces cuando el papel del juez excede más allá del fallo interpartes, y hace realidad sus capacidades de gestionar, controlar y ejecutar los intereses públicos, sobre todo en conflictos estructurales de gran magnitud, en los que se presenta una oportunidad de participar en la construcción de políticas públicas (Berizonce, 2012).

En la doctrina colombiana, López (2004) afirma que existe una rama judicial kafkiana y legalista, y poco sensible a las necesidades y a las angustias de quienes acudían a ella, donde los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los añejos y estrechos marcos del derecho más tradicional.

Se cuestiona, por parte de la doctrina especializada, si esta práctica reiterada de los tribunales puede ocasionar o no problemas de legitimidad, oportunidad, eficacia e idoneidad de sus actuaciones.

En esta línea se considera que el juez constitucional colombiano ha creado unas “*facultades novedosas*” (Guzmán L.,

2015); ahora, la judicatura es garante de los derechos colectivos, se ha convertido en ordenador de gasto, ha creado autoridades administrativas, ha fijado competencias administrativas para las autoridades públicas, ha fijado plazos de carácter perentorio y ha ordenado la presentación de proyectos de ley; esta realidad evidencia que el papel del juez popular ha cambiado, el típico declárese o anúlese ha quedado en el pasado; hoy es un juez proactivo en la formulación de políticas públicas en el marco de un Estado Social de Derecho, reafirmando la necesidad de la colaboración armónica de las ramas del poder público.

Resulta importante dar solución a este problema jurídico, que es relevante para el derecho ambiental, pues los juristas se enfrentan a espacios de indeterminación frente a casos difíciles en los que hay un choque entre derechos fundamentales y colectivos, procesos policéntricos, con variedad de actores, legitimados y demandados, situaciones difíciles de probar, y en general múltiples factores novedosos que dificultan la labor del juez, como es la idea de futuridad y de las generaciones venideras.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez afronta nuevos escenarios para gestionar procesos en la modernidad⁴³, dejando de ser solo un guardián de la legalidad administrativa, del derecho objetivo, para convertirse en protector del interés general en su sentido más amplio, y el único parámetro que limita su actuación es la protección de los derechos e intereses colectivos. En este nuevo paradigma, el juez aparece facultado para confeccionar los mecanismos idóneos que considere eficaces, que le permitan realizar su

43 Nociones como *“litigio estratégico”*, *“caso estructural”* y *“casos colectivos”* son esenciales para resolver cuestiones o casos difíciles en el Estado posmoderno (Rodríguez, 2013).

labor como juez constitucional, haciendo uso de la hermenéutica propia para ponderar y dejar atrás la regla clásica de la subsunción, la cual no tendrá ningún tipo de aplicación en estos casos; con una salvedad, realizar su labor sin suplantarse la administración pública en el campo de las apropiaciones presupuestales.

El activismo judicial en Colombia es analizado por las consecuencias económicas y orgánicas del papel activo de los jueces que usan este fenómeno como una herramienta propia de protección constitucional; el panorama que esto implica es difícil de resolver, ya que una simple ponderación no logra dar una solución adecuada a la tensión que existe entre la inestabilidad jurídica e irresponsabilidad fiscal de los jueces frente a la necesidad inminente de salvaguardar el Estado Social de Derecho.

Dos posiciones doctrinales se identifican en Colombia, la primera en contra de la intervención judicial activista, pues sostiene que es contraria a la separación funcional de las labores del poder público, y la órbita del aparato jurisdiccional se debe limitar a efectuar labores técnicas en el espectro jurídico, resolviendo casos y ordenando a través de los fallos judiciales el respeto por el principio de juridicidad y legalidad, sin poder dar a estas sentencias alcance de políticas públicas, lo que está arrogado al ente legislativo y ejecutivo del Estado; se afirma que el juez constitucional busca imponer su interpretación sobre las demás ramas del poder público, conduciendo a la politización de la justicia y la pérdida de independencia, cuando realmente su tarea es asegurar las libertades básicas y el Estado Social de Derecho (Escobar, 2006).

En esta posición, Charry (2015) afirma que los jueces, y en particular la Corte Constitucional colombiana, se ha convertido en un actor político, que con el propósito de garantizar las disposiciones constitucionales rebasa sus

límites⁴⁴. El principio de legalidad garantiza a todos que la autoridad no exceda sus funciones por buenos que sean sus propósitos, que a la postre siempre considerará loables. Plazas (2015), por su parte, observa que esta actuación judicial es una práctica que no está consagrada en la Carta Política de 1991, y que sorprende que precisamente el órgano responsable de su guarda la desconozca, y por esta vía lesione las bases de la separación de poderes y el Estado de derecho en ejercicio de una función mesiánica que no se puede aceptar por loables que sean los fines que se pretenden.

Y la segunda posición, a favor del activismo judicial en Colombia, es la de quienes sostienen que no existe usurpación de funciones sino una reacción libre y garantista en la que se fijan unas directrices propias para la construcción de políticas públicas, reconociendo expresamente la competencia del legislador y el ejecutivo para implementar lo que han fijado en los fallos; además, hacen uso del concepto de colaboración armónica de las ramas del Poder Público y del equilibrio de poderes (Escobar, 2006).

Henao (2013) resalta el papel del juez en materia de políticas públicas, destacando que en el país se han empezado a cuestionar las bases del Estado Social de Derecho y la clásica división de poderes, a la vez que se rescata un principio general de la administración, como es la colaboración armónica de poderes. La construcción de políticas públicas es del resorte de la rama legislativa, y formularla e implementarla y en ciertos casos edificarla es propio de la rama ejecutiva; pero hoy, esta tarea tiende a ser impulsada por la rama judicial, específicamente, por las Altas Cortes⁴⁵.

44 Vid. (Sierra, 2009)

45 Concepto de Política Pública.

En este mismo sentido, el profesor Osuna (2015) afirma que resulta evidente que en el desarrollo de esta figura, los jueces constitucionales se atribuyen funciones que tradicionalmente no formaban parte de su órbita de competencias, que es cuando ordenan a la administración desarrollar o ejecutar planes concretos para conjurar la crisis, o establecer políticas públicas, lo cual rompe con la visión ortodoxa del principio de división de poderes. Se debate si las órdenes que se han impartido en estas sentencias constituyen una política pública con todos sus alcances, con la particularidad de ser de creación judicial. Se suele responder que hay algunos elementos de la definición de política pública que aquí no se dan, como la fijación detallada de los pasos que hay que seguir para su implementación. Así las cosas, se podría afirmar que además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.

Los efectos que tienen las decisiones judiciales catalogadas como “*activistas*” son de diversa índole, y en su mayoría resultan positivos para la dicotomía entre crear y aplicar derecho por parte de los operadores deónticos.

Estos fallos generan dos tipos de efectos; por un lado, los directos, que incluyen acciones ordenadas por el tribunal que afectan a las partes, bien sean los litigantes, beneficiarios o los organismos estatales objetivo de las órdenes del tribunal; y, por otro, los indirectos, que abarcan toda clase consecuencias que –a pesar de no estar contenidas de forma expresa en el resolutivo judicial– se derivan de esta decisión, generando un impacto que se extiende desde los actores del caso hacia toda la colectividad (como se puede observar en el siguiente cuadro) (Garavito & Rodríguez, 2015).

CUADRO 4. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ACTIVISTAS

	Directos	Indirectos
Materiales	Diseño de políticas públicas ordenadas por la sentencia.	Formación de coaliciones de activistas para influenciar en la cuestión que se está considerando.
Simbólicos	Definición y percepción de los problemas como una violación de derechos.	Transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y gravedad del problema.

Fuente: (Garavito & Rodríguez, 2015)

Elaboración: Propia

Sin duda, aunque estos fallos pueden generar impactos positivos, también hay unos efectos que pueden resultar negativos, como es el impacto fiscal de estas decisiones tildadas de activistas. Es imprescindible advertir que estos fallos tienen un impacto considerable en la sostenibilidad fiscal de la nación, y en algunos casos de las entidades territoriales, cuando estas son alcanzadas de órdenes puntuales⁴⁶.

Frente a esta consecuencia, el legislador ha previsto un criterio de sostenibilidad fiscal de rango constitucional, como un criterio orientador de los órganos y poderes del Estado. Desde su trámite legislativo, generó un agitado debate tanto dentro como fuera del Congreso, que enfrentó a quienes afirman que el Estado Social de Derecho se ve vulnerado por esta reforma con aquellos que defienden la estabilidad macroeconómica como una necesidad del Estado. Entre otras características, estas dos posiciones comparten un presupuesto: la eficacia, prácticamente, absoluta del acto legislativo⁴⁷.

46 Vid. (Roa, 2015), (Pérez, 2007).

47 Si bien este no es el tema central de esta investigación, sí resulta relevante mencionar el efecto que genera en la sostenibilidad fiscal de la nación, este fue creado mediante el Acto Legislativo 3 de 2011 y reglamentado por la Ley 1695 de 2013. Vid. (Gómez J., 2015).

El problema jurídico que se analiza en los próximos capítulos es el referente a los límites al control judicial sobre la Administración en materia ambiental, y la relación que se configura entre las decisiones jurisdiccionales que construyen políticas públicas en casos de déficit estructurales de protección de los recursos naturales renovables y no renovables y las decisiones administrativas –o la falta de ellas– que se vinculan a estos déficits de protección, indagando sobre la existencia de una zona de reserva o independencia de la Administración irreductible judicialmente, así como el posible impacto que tienen las diferentes decisiones judiciales en la construcción de políticas públicas en materia ambiental⁴⁸.

Hoy parece que estas dos visiones del tema no son tan claras; pues existe un grupo de doctrinantes que afirman que la aplicación del derecho no permite que se pongan límites al control jurídico de las decisiones de la Administración (Muñoz S., 2011), pues la intervención judicial habrá de ser tan extensa como el derecho lo permita; se refiere a la facultad creativa de los jueces (*Judicial Lawmaking*) con base en el realismo norteamericano, pues considera que tanto la selección de la fuente del Derecho aplicable para la resolución de un caso determinado, como en la derivación ulterior, a través de la fuente seleccionada como norma fundamentadora del fallo, es un acto de discrecionalidad de voluntad donde el juez decide lo que estime más conveniente para resolver la litis.

El marco conceptual desarrollado constituye una alternativa para examinar y calificar, con mayor precisión, la labor de los jueces. La aspiración es que sea útil para el análisis de casos puntuales en materia ambiental y así poder

48 Vid. (García & Fernández, 2011), (Parejo, 1991), (Arenas, 2011).

analizar el desempeño judicial en estos temas; por esto, se presentarán una serie de casos tamizados según el marco conceptual planteado en este capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS CONFLICTOS AMBIENTALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

“Dentro de algunas décadas, la relación entre el ambiente, los recursos y los conflictos será tan obvia como la conexión que vemos ahora entre derechos humanos, democracia y paz”.

Wangari Muta Maathai

2.1 EL ANÁLISIS DE CASOS AMBIENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

El análisis de casos es un ejercicio muy útil para el operador jurídico, es de resaltar la importancia que tiene el precedente judicial en Colombia como un aspecto muy relevante en la discusión jurídica; incluso, a pesar de que por ser Colombia un país perteneciente a un sistema de derecho romano-germánico en el que la principal fuente es la ley, hablar de precedente resultaría algo contradictorio a ese severo sistema de fuentes que rige el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, esta última afirmación es parcialmente cierta, pues existe una disposición constitucional que es objeto de diferentes choques argumentativos por parte de la jurisprudencia y de connotados juristas: se trata del

artículo 230 de la Constitución Nacional, que dispone: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*; y en base al cual se sostiene que la jurisprudencia se ha consolidado como una fuente obligatoria de la rama judicial y de la administración, y su observancia y respeto genera garantías para los asociados (Guzmán L., 2015).

Por consiguiente, a continuación se individualiza y reseña un grupo de sentencias que guardan un patrón común, en el que a partir de la tensión entre diversos bienes jurídicos se adoptan decisiones que podrían ser catalogadas como activistas e influyentes en la construcción de políticas públicas ambientales.

Para ese análisis, es importante resaltar –como lo hace Correa (2008)– que el medio ambiente resulta del entorno en el que se ejerce la actividad de la empresa, y por esto tiene una condición de ingrediente sustancial de las libertades económicas, lo que conlleva a varios choques argumentativos que imponen al intérprete y operador una actitud más heterodoxa, beligerante, que dé lugar a un entendimiento de las normas en clave de sostenibilidad, basada en la aplicación seria y decidida de los valores constitucionales y de otras fuentes de conocimiento, tecnológicas y estadísticas.

Por esta razón, en primer lugar se debe atender el contexto del país en temas ambientales como base de la situación de los recursos naturales renovables y no renovables y la institucionalidad prevista para administrar, regular y generar política pública en el país; y segundo, la identificación de los principales conflictos ambientales que en ese contexto se han materializado a través de diversos pronunciamientos judiciales.

Este ejercicio previo es la base necesaria para su posterior análisis, siguiendo para esto una metodología diseñada para

determinar el nivel de activismo judicial de acuerdo con el marco conceptual fijado en el capítulo anterior.

2.2 CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES EN COLOMBIA

Para iniciar es importante presentar la realidad del país objeto de los conflictos ambientales que se analizarán.

Colombia es un país estratégicamente bien ubicado, dentro de los países tropicales es catalogado como el segundo más biodiverso y uno de los más ricos en cuanto a disponibilidad de agua en América Latina. Algo más de la mitad de su territorio está cubierto por bosques y ecosistemas estratégicos dignos de conservación ambiental. Desde la perspectiva económica y su vínculo con el desarrollo humano sustentable, es una nación que ha presentado un buen crecimiento económico, aunque sigue siendo uno de los de mayor desigualdad del mundo¹.

El fenómeno del urbanismo, proyectos de interés nacional en materia de infraestructura vial, industrias extractivas de recursos naturales no renovables y la ganadería extensiva siguen siendo una gran amenaza a los ecosistemas y la diversidad biológica; a su vez, un marcado conflicto armado interno representa una gran presión ambiental, en razón a los bloques de minería criminal; y sumando a estos antecedentes, es un país altamente vulnerable al cambio climático y a la variabilidad meteorológica². Estas circunstancias conducen a que sean adoptadas políticas públicas en materia ambiental acordes con estas y muchas

1 Vid. (CDB; PNUMA, 2009), (Gómez, 2014), (IDEAM, 2014), (WWF, 2001).

2 (Guzmán L., 2016).

más problemáticas que se deben prever al momento de formularlas (OCDE, 2014).

Por otro lado, el Estado colombiano ha diseñado, desde 1993, una institucionalidad para afrontar los temas ambientales del país, mediante el denominado Sistema Nacional Ambiental (SINA)³, que está compuesto por un conjunto de principios normativos, entidades administrativas, recursos financieros y un conjunto de programas, planes y proyectos. El objetivo de este sistema es la protección, conservación y recuperación como tarea conjunta entre el Estado, la comunidad, las organizaciones y el sector privado, todo lo anterior aparece con la Ley 99 de 1993⁴.

Este sistema institucional descentralizado se configura con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) a la cabeza, ente rector y formulador de política pública ambiental, y encargado de construir la regulación y los criterios de ordenamiento ambiental de uso del territorio. En el sector central también está la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales (Uaespnn), encargada de la administración del Sistema Nacional de

-
- 3 Los antecedentes históricos del SINA se remontan a 1968, cuando se creó el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (Inderena). En 1976 se transformó en un establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura, siendo la primera autoridad ambiental del país, con jurisdicción casi en todo el territorio nacional, la que fue fortalecida notoriamente en el gobierno de Alfonso López Michelsen (1974 - 1978). Vid. (Álvarez, 2008).
 - 4 Paralelamente a las entidades que se van a describir a continuación, es importante también concebir dentro de este sistema, un subsistema destinado a la información ambiental, que se denomina Sistema de Información Ambiental Colombiano (SIAC), compuesto por Sistema de Información Ambiental Marina (SIAM), Sistema de Información de la Biodiversidad (SIB), Sistema de Información del Recurso Hídrico (SIRH), Sistema de Información de Calidad del Aire (Siseaire). Estos sistemas de información desempeñan un papel muy importante a la hora de resolver conflictos ambientales porque son los que pueden determinar el posible impacto de actividades económicas y la omisión de las autoridades administrativas a los recursos naturales.

Parques Nacionales Naturales; y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), que ejerce la función de otorgar licencias ambientales y permisos, trámites y autorizaciones en el marco de sus competencias.

Junto a estas entidades, fueron creadas otras, las que resultan especializadas en proporcionar investigaciones y conocimiento científico para apoyar la construcción de política y regulación ambiental; estos son los institutos de investigación, que incluyen al Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (Sinchi), Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (Ideam), Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico (Neumann), Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andréis (Invemar), Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (Instituto Humboldt).

Paralelamente, están las entidades regionales que resultan ejecutoras de la política y autoridad ambientales; estas son las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR)⁵ y las Autoridades Ambientales Urbanas (AAU)⁶.

Las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios), los territorios indígenas, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Dirección General Marítima

5 La gestión ambiental está a cargo, principalmente, de 33 CAR, siete son Corporaciones Autónomas Regionales para el Desarrollo Sostenible. En algunos casos, las jurisdicciones de las CAR corresponden a las de los departamentos, en otros no. La división territorial de las CAR no corresponde a la división político administrativa del país sino a una división por ecosistemas estratégicos (OCDE, 2014).

6 Estas autoridades se pueden crear en los municipios, distritos o áreas metropolitanas, cuya población urbana sea igual o superior a un millón de habitantes, y ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que sea aplicable al medio ambiente urbano; en las áreas rurales conserva la competencia las CAR de acuerdo con la jurisdicción. Las ciudades que hoy cuentan con autoridad ambiental urbana son Bogotá, Medellín, Bucaramanga, Barranquilla, Cartagena y Santa Marta.

(Dimar) cumplen funciones ambientales territoriales o atendiendo a sus funciones⁷.

Todas estas entidades del SINA, y otras ajenas a este que cumplen algunas funciones administrativas de carácter ambiental, tienen que afrontar los conflictos jurídicos de naturaleza ambiental que se viven a diario en Colombia y, por consiguiente, son encartadas o demandadas en la mayoría de los conflictos jurídicos que resuelven los tribunales y las Altas Cortes⁸.

Ahora bien, en cuanto al estado de los recursos naturales renovables, resulta muy difícil poder establecer un patrón, cifra o estado, debido a la ausencia de información periódica para conocer la evolución o comportamiento del estado de los mismos con el propósito de tomar decisiones y acciones oportunas en la política pública⁹ (Contraloría General de la República, 2016).

Por último, sumado a todo lo anterior, Colombia afronta conflictos sociales todos los días en casi todo el territorio

7 Esta presentación de las entidades del SINA es sumaria, en virtud de los límites de este trabajo. Por esto, para profundizar, Vid. (AA.VV, 2008); (OCDE, 2014); (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2016).

8 El SINA es objeto de diferentes críticas por parte de la doctrina, jurisprudencia y sociedad civil; algunos de esos cuestionamientos afirman que “*está en crisis*”, presentando dentro de sus principales problemas la falta de gobernanza ambiental, por lo que la OCDE ha recomendado que es prioritario fortalecer el sistema de gestión ambiental en el que intervienen distintos niveles de gobierno, sobre todo mediante una definición más clara de sus funciones y responsabilidades; todo esto debido a la diversidad de actores y a la ausencia de articulación de funciones y presencia de autoridades ambientales en todo el país (OCDE, 2014).

9 Colombia elaboró cuentas ambientales y posee información sobre uso de suelos para los años 1995 y 2001, y las cuentas físicas de activos (carbón, gas natural y petróleo) para los años 1994 a 2002. Además elaboró las cuentas de gastos defensivos y de protección del medio ambiente del Gobierno general y de las Empresas privadas. Pero a la fecha no se avanzó más en la consolidación de esta importante información para el país y para poder hacer un cálculo real de los recursos naturales en el territorio nacional (Guzmán L., 2016).

nacional, y, en gran parte, por asuntos ambientales donde se reclama justicia ambiental, lo que lleva a que las autoridades ambientales del SINA, los jueces y magistrados de las Altas Cortes tengan que realizar un ejercicio de ponderación de derecho y en general administrar justicia. En estos casos se atienden presupuestos de doble naturaleza: por un lado, productividad, explotación, comercio, industria, competitividad y, por otro, protección, conservación, derechos de la naturaleza, preservación; dando así lugar a una contradicción, y al consecuente conflicto entre los intereses privado y público, y una tensión entre el derecho particular y colectivo.

Afirma Herrera (2001) que estas situaciones han tenido un manejo equivocado de las pretensiones en esos conflictos, ya que el administrador de la cosa pública y la comunidad ignoran el mandato del desarrollo sostenible, según el cual se deben armonizar ambos intereses en razón del bienestar y de la ejecución de obras de interés nacional que hagan sostenible y equilibrado el desarrollo. Por esto, a continuación se procura identificar los conflictos que se presentan en el país, y si su gestión judicial puede ser catalogada como activista, debido al reconocimiento del derecho, las medidas de implementación y de seguimiento, todo de acuerdo con lo expresado en el capítulo anterior de esta obra.

2.3 IDENTIFICACIÓN Y RESEÑA DE LOS PRINCIPALES CASOS AMBIENTALES EN EL DERECHO JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO

Colombia es el segundo país que más conflictos ambientales significativos posee en el mundo, según el Atlas Global

de Justicia Ambiental¹⁰, estudio que además muestra que la zona Andina de Suramérica –desde Chile hasta La Guajira– está absolutamente cargada de conflictos en minería, en gestión de recursos naturales, generación por biomasa, por tierras productivas, quema de combustibles fósiles y en conflictos en torno del recurso hídrico, entre otros.

Sumado a los anteriores existe un problema mayúsculo y es la ausencia de reconocimiento de conflictos ambientales por parte de los actores estatales y sociedad civil en general; no se identifican, no se sabe dónde están, ni qué información existe y qué derechos tienen las partes involucradas en el conflicto.

En ese mapa, Colombia figura en el segundo lugar en la clasificación por países con 72 casos, solo por debajo de India que registró 112. Sin embargo, ocupa la primera posición en América Latina, que sumó en total 300. Otros países de la región documentados son Brasil con 58 casos; Ecuador, 48, Argentina, 32; Perú, 31 y, finalmente, Chile con 30. Se puede evidenciar de este mapa que los conflictos ecológicos han aumentado en todo el mundo, por las demandas de materiales y energía de la población mundial de clase media y alta.

Los conflictos ambientales giran en torno de la extracción minera, industria de hidrocarburos, gestión del gasto

10 Este estudio estuvo coordinado por investigadores del Instituto de Ciencia y Tecnología Ambiental de la Universidad Autónoma de Barcelona con el único propósito de hacer visibles los casos de conflictividad socioambiental que se desarrollan en todo el mundo. Para la selección de los casos, la iniciativa contó con la participación de 23 universidades y organizaciones de justicia ambiental de 18 países. El Atlas aspira alcanzar los 2.000 casos documentados en 2016. Este proyecto forma parte de la iniciativa europea Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade, que reúne a organizaciones internacionales involucradas en la extracción de recursos naturales y su efecto en los derechos humanos de las comunidades intervenidas por estas industrias (Martínez, 2016).

público ambiental, conflictos por la tierra, conservación de la biodiversidad, conflictos con la industria, turismo a gran escala, gestión del recurso hídrico, gestión de residuos sólidos, construcción de infraestructura, conflictos de energía nuclear, fósil y biomasa, gestión inadecuada del territorio.

Pasando al escenario de conflictividad de Colombia, este es el más afectado en América Latina: según el estudio citado, los 72 casos identificados se ubican en las regiones más pobladas –Andina y Caribe–, en particular en zonas de conservación o ecosistemas estratégicos. Y los principales conflictos están relacionados con la industria extractiva, compuesta por la minería, la energía fósil y la biomasa; entre estos se destacan la extracción de oro y carbón.

Los afectados por estos conflictos son alrededor de 79 millones de personas, grupo de población compuesto por campesinos, la población urbana y los indígenas –los más impactados–, abarcando cerca de 25 mil hectáreas del territorio nacional.

Entre los conflictos descritos en el Atlas referido, se encuentra la desviación del río Ranchería en La Guajira, la contaminación del mar en Santa Marta por parte de la Drummond, la construcción de la hidroeléctrica El Quimbo en el Huila, las minas de Marmato en Caldas, rellenos sanitario –como los de Doña Juana, Cantagallo, Sincelejo–, la contaminación del Archipiélago de San Andrés y Providencia, los vertimientos de sustancias tóxicas –como mercurio en cuerpos de agua–, entre otros. No todos han llegado a instancias jurisdiccionales, otros importantes conflictos conocidos públicamente no fueron identificados en este Atlas.

Por otro lado, Güiza, *et al.* (2015) han identificado una serie de conflictos ambientales en torno del recurso hídrico en el contexto nacional que han llevado a la intervención de los jueces y magistrados de cada uno de los departamentos,

teniendo como punto arquimédico o común la búsqueda de la recuperación de los cuerpos de agua, como se puede observar en el siguiente cuadro. Todos estos, anteriores a la sentencia del Río Bogotá –considerada un hito para la solución a la problemática de este importante cuerpo de agua¹¹–, son fundamentales en el inicio de la recuperación de las cuencas hidrográficas del país, pues tan solo el 26% de las aguas residuales que son vertidas a estos cuerpos reciben un tratamiento primario previo a la descarga (Guzmán, 2015).

CUADRO 5. JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS CUERPOS DE AGUA EN COLOMBIA¹²

Identificación	Asunto	Solución
Tribunal Administrativo de Santander, 2005.	Problemática del río de Oro por vertimientos industriales y domésticos	Se aprobó el pacto de cumplimiento suscrito por los actores y las entidades involucradas en el que se establece un manejo adecuado de los residuos líquidos.
Tribunal Administrativo del Cauca, 2000.	Problemática en el río Palo por vertimientos industriales realizados de forma indiscriminada.	Se ordenó la elaboración del Plan de Gestión Ambiental para su recuperación.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2001.	Problemática asociada por el bombeo de aguas residuales para la generación eléctrica.	Se aprobó el pacto de cumplimiento en el que se establece la obligación de mitigar y eliminar la contaminación.

11 Vid. (Guzmán, 2015)

12 Estas son algunas de las acciones populares que están identificadas en el registro público de las mismas de la Defensoría del Pueblo. En este reposan otras similares que podrían resultar interesantes para los investigadores.

CUADRO 5. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2002.	Problemática en la Quebrada La Moya por ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se aprobó el pacto de cumplimiento en el que se comprometen a realizar obras para el tratamiento de las aguas.
Tribunal Administrativo de Boyacá, 2002.	Problemática en la Quebrada Suaitoque por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se aprobó el pacto de cumplimiento en el que se establece la reparación de los daños causados.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2005.	Problemática en la Quebrada La Honda por ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento y obras de ingeniería para dar solución integral a la problemática.
Tribunal Administrativo de Santander, 2001.	Problemática en el Embalse Linderos por falta de mantenimiento.	Se ordena realizar obras para la descontaminación y mitigación del impacto ambiental.
Tribunal Administrativo del Valle, 2000.	Problemática en la Quebrada San José por vertimientos industriales y domésticos indiscriminados a esta.	Se ordena la financiación para construir un proyecto de saneamiento hídrico.
Tribunal Administrativo de Caldas, 2002.	Problemática en el río Cauca por el vertimiento de lodo de una represa.	Se aprobó el pacto de cumplimiento para la realización de obras de ingeniería.
Tribunal Administrativo del Caquetá, 2005.	Problemática en la Quebrada El Limonar por ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento.
Tribunal Administrativo del Cauca, 2003.	Problemática en la Quebrada Pubus por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento.

CUADRO 5. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
Tribunal Administrativo de Santander, 2006.	Problemática en el río Suárez por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento y obras de ingeniería.
Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2010.	Problemática en el río Pandi por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento y obras de ingeniería.
Tribunal Administrativo del Cauca, 2010.	Problemática en la Quebrada Las Palmas por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento y obras de ingeniería.
Tribunal Administrativo de Caldas, 2000.	Problemática en la Quebrada Olivares por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales.	Se ordena la construcción de una planta de tratamiento y obras de ingeniería.
Tribunal Administrativo del Huila, 2004.	Problemática en la Quebrada Olivares por la ineficacia en el tratamiento de aguas residuales y falta de coordinación de las autoridades.	Se aprobó el pacto de cumplimiento para realizar un plan de recuperación ambiental.
Tribunal Administrativo del Meta, 2002	Problemática en el río Ocoa por los vertimientos industriales.	Se aprobó el pacto de cumplimiento para ordenar el cese de actividades.
Tribunal Administrativo del Magdalena, 2005	Problemática en el río Manzanares por los vertimientos industriales.	Se aprobó el pacto de cumplimiento para elaborar planes de gestión ambiental.

Fuente: (Güiza & Rodríguez, 2015)

Elaboración: Propia

Ala par de estos antecedentes de conflictividad, también se puede referir un grupo de sentencias muy controvertidas en la Corte Constitucional, acciones de tutela y de inconstitucionalidad; y en el Consejo de Estado, acciones populares. Estos pronunciamientos –que se reseñan en los siguientes

cuadros, y serán analizados en los siguientes capítulos, respectivamente– permiten evidenciar que el trabajo judicial es constante con el propósito de salvaguardar el derecho a gozar de un ambiente sano en el territorio nacional¹³.

Por un lado, los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional¹⁴, en cierta medida, han marcado un hito para el análisis jurisprudencial del Derecho Ambiental colombiano, pues este derecho jurisprudencial ha logrado plasmar consideraciones importantes en torno de diferentes temas, como se reseña en el cuadro 6.

CUADRO 6. FALLOS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN TEMAS AMBIENTALES

Identificación	Asunto	Solución
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-415 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.	Se presenta una problemática asociada a la instalación de una antena parabólica en una zona estratégica del municipio de Ibagué, considerada como una “zona verde	La Corte, por primera vez, reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano como un derecho fundamental, y puso de presente la necesidad de crear mecanismos eficaces de protección,

-
- 13 Respecto del derecho a gozar de un ambiente sano, ha existido un extenso debate sobre si es un derecho fundamental o un derecho colectivo; esto tiene implicaciones procesales porque dependiendo de esto se escogerá el camino procesal acertado para buscar la protección de los derechos. En cuanto a la discusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tomado dos posturas; la primera sostiene que este derecho se protege mediante la acción popular, y excepcionalmente por medio de acción de tutela, en aquellos casos en que concurren criterios de procedibilidad; y la segunda, lo ha catalogado como un derecho fundamental, pues existe una relación íntima entre este y los derechos a la vida y salud (Guzmán & Ubajoa, 2015).
- 14 Teniendo en cuenta que la acción de tutela tiene unas características particulares –en cuanto resulta da lugar a un proceso subsidiario, inmediato, sencillo, específico, eficaz, preferencial, expedito–, es viable proferir fallo ultra o extra petita, y el juez está facultado para estudiar derechos fundamentales no invocados; todo el procedimiento para su trámite está consagrado en el Decreto 2591 de 1991.

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	<i>especializada</i> "; es decir, se presenta un control paisajístico ambiental.	pues el de terioro del ambiente está generando nefastas consecuencias en nuestro sistema y amenaza gravemente la supervivencia de la especie.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.	Se presenta una controversia entre el grupo étnico indígena U'wa contra la empresa de hidrocarburos Sociedad Occidental de Colombia y el Ministerio de Ambiente por haber tenido como consulta previa una reunión informal que se sostuvo para presentar el proyecto, se solicita anular la licencia ambiental por haber omitido el requisito de consulta previa.	La Corte tutela el derecho de consulta previa en cabeza del grupo étnico, el cual tiene una doble naturaleza y una relevancia estratégica en el Estado Social de Derecho, por tanto, ordena realizar la consulta previa en un término de 30 días. Aclara que los efectos del fallo se mantienen hasta que la Jurisdicción Contenciosa se pronuncie respecto de la nulidad de la Licencia Ambiental.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 724 de 2003. M.P.: Jaime Araújo Rentería.	Se presenta una controversia en torno de la prestación del servicio público de aseo en la capital del país, la Asociación de Recicladores de Bogotá –ARB– impetra acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos,	La Corte encuentra la vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes y ordena a las entidades involucradas en la vulneración incluir en el esquema de basuras, es decir, que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores
	todo se origina por no incluirlos en el esquema de aseo que licitaron en la ciudad.	de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con este servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió.

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvis	Se presenta una controversia en torno de las fumigaciones de glifosato en territorios colectivos de comunidades indígenas en el municipio de Corinto (Cauca), por esto interponen acción de tutela para que sean tutelados los derechos fundamentales a la vida, salud, ambiente sano y el reconocimiento de la autonomía de las autoridades indígenas en temas ambientales.	La Corte tutela los derechos de las comunidades indígenas y les ordena a las entidades involucradas en la política de erradicación consultar esta y diseñar una serie de mecanismos que permitan que los pueblos triviales se puedan pronunciar frente a estas acciones estatales que afectan su autonomía y cosmovisión reconocida en la Constitución Política de 1991, reconoce por primera vez que las comunidades indígenas pueden instaurar autoridades ambientales en su jurisdicción.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-348 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Se presenta una controversia entre el Consorcio Vía al Mar y una Asociación de Pescadores por el desarrollo de un proyecto de infraestructura en el sector de Crespo en Cartagena por ausencia de participación de las comunidades afectadas con este, pues se lesionan derechos fundamentales como la soberanía alimentaria y el derecho de participación ambiental frente a los daños ambientales que les causaban a los cuerpos de aguas, a las playas y al ecosistema.	La Corte tutela los derechos de las comunidades afectadas por el proyecto vial y ordena al Consorcio y entidades administrativas garantizar el derecho a la participación de la asociación de pescadores, y en el marco de estos espacios diseñar, en conjunto con la comunidad, las medidas de compensación necesarias acorde con las características del ejercicio de la pesca artesanal como actividad de sustento y la presentación de un informe detallado de esto al juez de ejecución.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1077 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Se presenta una controversia en torno de la ubicación de antenas de telefonía celular en el perímetro urbano de Fresno (Tolima) allí se encuentra	La Corte tutela los derechos y ordena de inmediato retirar las antenas como objetos de peligro concreto para la menor y los pobladores y ordena al Ministerio

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	una menor de edad en una situación de riesgo inminente ante la exposición a las ondas electromagnéticas de radiofrecuencia producidas por la antena de telefonía móvil, pues tiene una enfermedad terminal. Se presenta un choque entre los derechos de la empresa y el derecho a la salud, ambiente, vida, tranquilidad de los pobladores de la zona, es un caso de contaminación electromagnética.	del ramo diseñar un protocolo para establecer la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos. Y exhorta a las autoridades ambientales ejercer control y vigilancia del impacto ambiental que generan estas antenas al medio ambiente sano de los asociados.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.	Se presenta una controversia por la explotación de carbón en el departamento del Cesar de propiedad de la Drummond Ltda. y la comunidad aledaña a este. Todo radica en que la explotación se hace indiscriminadamente y sin control ambiental alguno durante 24 horas del día generando un daño a la salud de los asociados y al ambiente sano. Se solicita se amparen los derechos a la vida, a la salud, a la intimidad, al ambiente sano y de los niños y ancianos, como sujetos de especial protección constitucional.	La Corte tutela los derechos fundamentales del referido demandante y de su núcleo familiar, a la vida, la salud, la intimidad y el ambiente sano. Da varias órdenes, por un lado, al Ministerio de Ambiente o autoridad ambiental implementar recomendaciones de la OMS de los efectos que genere la explotación carbonífera a gran escala, implantando y haciendo ejecutar las medidas adecuadas que se deban tomar para erradicar los referidos efectos, ordena diseñar un plan de acción de sistemas de amortiguación del ruido y aire y, por otro, ordena a la empresa la instalación de maquinaria de última generación técnica, así como amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contra-

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
		rrestar el ruido y la dispersión. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-294 de 2014. M.P.: María Victoria Correa.	Se presenta una controversia entre integrantes de la comunidad indígena Zenú y la empresa prestadora del servicio público de aseos de Ciénaga de Oro en Córdoba por la construcción de un relleno sanitario denominado Cantagallo. Se afirma que la zona escogida para establecer la infraestructura destinada para la disposición final de los residuos está ubicada en una reserva forestal, cabecera de un arroyo y el nacedero de cerca de 10 fuentes de agua pura, además de lo anterior hay alrededor de 10 fuentes de agua dulce subterránea altamente potable de las cuales se surte las comunidades indígenas Zenúes que se encuentran alrededor del sitio donde se está construyendo este relleno. Y las fuentes subterráneas también forman parte de las fuentes de abastecimiento de los habitantes del municipio de Ciénaga de Oro, las cuales se afectarían por los lixiviados acumulados en este relleno.	La Corte ampara los derechos fundamentales al medio ambiente y a la vida digna de los accionantes. Ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que a través de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, asuma la competencia para el licenciamiento ambiental del proyecto y, en consecuencia, proceda a revisar los términos en que fue otorgada la licencia ambiental a este proyecto, a fin de tomar las determinaciones que estime pertinentes, sea en orden a su revocatoria o a requerir su ajustes, deberán realizar una inspección ocular en el término de diez días y rendir un informe detallado al juez de ejecución, es decir, al tribunal contencioso. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-462A de 2014.	Se presenta una controversia a raíz del incumplimiento de los acuerdos suscritos entre el Gobierno	La Corte tutela los derechos de las comunidades indígenas afectadas y declara ausencia de consulta

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	nacional y las comunidades indígenas en torno de la construcción de la Represa Salvajina en el Cauca en 1981. En este caso realizaron acuerdos consignados en un acta informal y acordaron hacer unas inversiones ambientales y sociales en la región, lo que a la fecha no se ha realizado. Por esto incoan acción de tutela para exigir el cumplimiento de estos acuerdos y por el cese del abandono estatal en el que se encuentran.	previa del Plan de Manejo Ambiental. Por tanto, ordena a la Empresa que opera el embalse, en primer lugar, realizar la consulta previa en un término perentorio y segundo, establecer medidas para que cese el aislamiento en que se encuentran las comunidades, para esto deberá realizar las obras de infraestructura terrestres y fluviales que permitan conectividad, es decir, diseñar un plan de obras de infraestructura que implique la construcción de caminos entre las veredas que garanticen la libre locomoción de las comunidades sin riesgo y les ordena a las autoridades departamentales en un término perentorio, adecuar y poner a funcionar los planteles educativos y puestos de salud.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-080 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.	Se presenta una controversia en torno del derrame de un compuesto químico denominado “Lorsban”, el cual se encontraba almacenado en tanques pertenecientes a la empresa Dow Química de Colombia S.A. en su planta de producción ubicada en la zona del Mamonal, en la ciudad de Cartagena. Esto conllevó a que se generara contaminación en la bahía, ocasionando la muerte de centenares de peces y daños	La Corte ampara el derecho a gozar de un ambiente sano en cabeza de la comunidad afectada, y ordena que se realice un plan de restablecimiento en el que participen activamente los involucrados, también se deben prever actividades de monitoreo y control que se adelanten y contará con la financiación de la asesoría que requieran, a cargo de Down Química y se ordena la constitución de una comisión de expertos para analizar los daños

CUADRO 6. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	ambientales consecutivos a los pobladores.	ocasionados y los mecanismos diseñados por la compañía ante eventuales fallas. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.

Elaboración: Propia

Y, por otro, los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional¹⁵, donde se analiza la validez constitucional de diversas disposiciones legales que son expedidas por el Legislador. En estas providencias se identifican reglas jurídicas fijadas por el máximo órgano de interpretación constitucional, que en cierta medida podrían ser consideradas el resultado de un actuar activista de la judicatura debido al impacto que generan en el ordenamiento jurídico. En el cuadro 7 se identifican los fallos más destacados.

CUADRO 7. FALLOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TEMAS AMBIENTALES

Identificación	Asunto	Solución
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.	En este fallo se analiza la constitucionalidad de unas disposiciones del Código de Minas (Ley 685 de 2001), el problema jurídico que se plantea en este fallo es si ¿se puede considerar que en aras	Este problema jurídico es resuelto por la Corte Constitucional con la siguiente regla: resulta innegable que uno de los objetivos principales de la Constitución de 1991 es la salvaguarda del derecho

15 En el artículo 241 de la Constitución Política de 1991 se le asignó a la Corte Constitucional la función de estudiar sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución.

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	de cumplir con los mandatos constitucionales que confieren especial protección a la integridad del ambiente, biodiversidad, conservación de áreas de importancia ecológica y demás riqueza natural del país, se debe restringir por completo el desarrollo de la actividad minera en aquellas zonas de interés natural, ecológico, arqueológico, histórico o cultural? y, por consiguiente, se debe entonces, ¿declarar inexecutable aquellas disposiciones que así lo permitan?	al medio ambiente sano considerado como derecho fundamental por su íntima relación con el derecho a la vida. Constitución catalogada como ecológica por el alto número de disposiciones constitucionales que regulan el tópico ambiental, que asigna en cabeza del Estado y de los particulares deberes para lograr estos objetivos. Sin embargo, a pesar de la especial protección que se les da a las cuestiones ambientales a nivel constitucional, la Corte afirma que el tema ambiental no puede ser mirado de manera aislada de los procesos económicos. Y aunque, sin duda, el desarrollo de la industria minera genera un alto impacto en el ambiente, es deber del Estado no prohibir la actividad extractiva sino conciliar el crecimiento económico con desarrollo de la actividad minera y la protección de la biodiversidad, para que ninguna de las dos se vean sacrificadas, equilibrio que se logra a través del concepto de Desarrollo Sostenible.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-443 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.	En esta oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código de Minas (Ley 685 de 2001), el problema jurídico que se plantea es si implica un retroceso o una violación al principio de progresividad en materia ambiental por tener dentro del ordenamiento jurídico	La Corte en esta providencia resolvió partiendo en que las disposiciones del Código de Minas (Ley 685 del 2001) relativas a la exclusión o restricción de minería en ciertas áreas tiene un importante sustento en la Constitución Política de 1991, considerada como "Ecológica"; fija directrices en cuanto a las actividades

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	una disposición que restrin-ge o excluye la minería en zonas delimitadas y declara-das previamente con el ob-jetivo de preservar los recur-sos naturales y garantizar los postulados axiológicos de la Constitución Nacional?	que conllevan un aprove-chamiento de los recursos naturales, que no podrán generar daño o deterioro; el sustento de esta afirma-ción está en los principios de desarrollo sostenible y restauración para que las ac-tividades económicas se de-sarrollen en armonía y no a costa o en perjuicio de la na-turaleza. Las disposiciones demandadas no implican un retroceso o una violación al principio de no regresión en materia ambiental, sino es un desarrollo para el ejerci-cio de las competencias de las autoridades ambientales.
CORTE CONSTI-TUCIONAL. Sen-tencia C- 595 de 2010. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.	Se presenta una controver-sia en torno de la constitu-cionalidad de las disposi-ciones de la Ley 1333 del 2009, la cual consagro el ré-gimen sancionatorio am-biental, en particular se cuestiona por ser inconsti-tucional la presunción de culpa y dolo establecidas allí por entrar en choque con el derecho de defensa, contradicción, presunción de inocencia y buena fe.	En esta oportunidad, la Corte, en un fallo muy pre-ciso, declara su constitucio-nalidad y establece que en virtud de las actividades y del bien jurídico protegido como es el medio ambiente se debe admitir la presun-ción de culpa y dolo. Por tanto, declara ajustado al or-den público constitucional.
CORTE CONS-TITUCIONAL. Sentencia C-123 de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.	Se analiza la constitucionalidad de algunas normas del Código de Minas (Ley 685 de 2001) que prohíben que las entidades territoriales restrinjan zonas de minería, por lo tanto la problemática en este fallo gira en torno a la participación de las en-tidades territoriales en la política minera, por ello se	Consideró la Corte que la disposición demandada debe ser analizada con los lentes de los dos principios en tensión, dejando una lec-tura gramatical y acudiendo a la hermenéutica sistemá-tica, el artículo 37 del Código de Minas privilegia la or-ganización unitaria del Es-tado; por tanto, es ajustada

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	plantea el siguiente problema jurídico, si se ¿vulnera la autonomía constitucional de las entidades territoriales una disposición legal que prohíbe la reglamentación por parte de los concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y explotación minera?	a la Carta Política la disposición demandada condicionada a que se garantice un grado de participación razonable de municipios y distritos en la toma de decisiones respecto de sus territorios para la exploración y explotación minera. La participación deberá ser activa y eficaz y esta debe ser valorada por los actores implicados en la toma de decisiones sobre los aspectos axiales a la vida del municipio como salubridad, recurso hídrico, desarrollo económico, social y cultural. Para esto utiliza la figura de sentencia integradora aditiva y establece que las autoridades del orden nacional con las entidades territoriales junto a un grupo de medidas requeridas para proteger el ambiente sano, cuencas hídricas y el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades, es decir, los acuerdos. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2014. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Se demandan algunas disposiciones de la Ley 160 de 1994, conocida como Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino por un grupo de ciudadanos que encuentran que dicha normativa vulnera los derechos de las comunidades indígenas al no haber realizado la consulta previa de dicha norma que	En esta oportunidad, la Corte hace uso de la figura de constitucionalidad condicionada en el entendido que para la creación de una zona de reserva campesina se debe examinar si en el área en la que se pretende constituir, existen territorios de pueblos indígenas y tribales o presencia de dichos pueblos, caso en el que se deberá

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	iba afectar a las comunidades en temas sociales y ambientales, consideran vulnerado el derecho de participación ambiental.	garantizar el derecho a la consulta previa.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-094 de 2015. M.P.: Luis Ernesto Silva Vargas.	Se demanda por inconstitucional el Decreto 1111 de 1952, mediante este se daba una concesión vitalicia a una siderúrgica nacional para captar aguas del Lago de Tota para su proceso industrial. En particular se cuestiona esta norma por vulnerar el derecho humano al agua y la planificación ambiental.	En esta oportunidad, la Corte declara inexecutable el Decreto, reconociendo los compromisos del país frente a la normatividad internacional relevante sobre protección de los recursos naturales y, en particular, del recurso hídrico; reconoce la jurisprudencia sobre el principio de sostenibilidad en materia ambiental y el deber del Estado de planificar para la gestión de los recursos naturales.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 2016. M.P.: María Victoria Calle.	En este fallo se analizan varias disposiciones del Código de Minas por considerarlas inconstitucionales, en particular los contratos mineros de las comunidades indígenas.	Establece la Corte que de acuerdo con la Constitución, la actividad minera debe asegurar los más altos estándares de respeto a las normas ambientales, proveer empleos que garanticen las condiciones mínimas del derecho al trabajo, permitir el aprovechamiento de los recursos naturales sin sacrificar esta posibilidad para las generaciones futuras y ser respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas. Se fija la obligación de generar espacios de participación ciudadana al momento de otorgar los títulos mineros. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-273 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.	La problemática en este fallo vuelve a ser la participación territorial en asuntos mineros, por esto aquí se resuelve el problema jurídico, si la prohibición establecida en el artículo 37 del Código de Minas, donde ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer de forma permanente o transitoria zonas excluidas de minería ¿se ajusta al ordenamiento jurídico constitucional?	Según la Corte Constitucional esta disposición del Código de Minas está consagrada en una Ley Ordinaria, por tanto, vulnera la reserva de ley orgánica por la naturaleza del asunto teniendo en cuenta que una restricción a las competencias de las entidades territoriales se debió fijar en una Ley Orgánica y no ordinaria como se hizo. Así mismo, se restringe la facultad de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales para fijar dichas prohibiciones en el plan de ordenamiento territorial respectivo, lo que limita la función de ordenación del territorio asignada a estas corporaciones administrativas de índole regional, municipal o distrital, respectivamente, y entra en choque directo con la disposición constitucional 151 y el artículo 29 de la Ley Orgánica 1454 de 2011 donde se establece que se deberá reglamentar los usos del suelo en zonas urbanas y de expansión y optimizar los usos de las tierras.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.	En esta providencia judicial se analiza la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (Ley 1753 de 2015), en su mayoría problemáticas atinentes a la compatibilidad entre proyectos mineros, infraestructura y en general	Ahora bien, al revisar el texto de la sentencia citada se puede observar que en ella se razonó respecto de la tensión entre el derecho a la libertad económica y de empresa y los derechos a gozar de un ambiente sano y al agua. Todos estos derechos, en abstracto, tienen el mismo

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	de alto impacto con la protección ambiental de áreas y zonas consideradas estratégicas por los servicios ambientales que prestan y prestarán a las futuras generaciones. El problema jurídico identificado en esta providencia se centra en si el restablecimiento de los fundamentos jurídicos, con base en los cuales la Administración otorgó licencias ambientales o contratos de concesión para preservar los derechos adquiridos, ¿justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo a sus titulares?	valor, toda vez que cuentan con el amparo del ordenamiento constitucional y, como todo derecho, no revisten el carácter de absolutos. En esta oportunidad, se resolvió la pugna señalada mediante el reconocimiento de prevalencia de los segundos sobre el primero. En consecuencia, el interrogante lógico que surge gira alrededor de los motivos de la preeminencia nombrada que tal y como se dijo, son el objeto central del presente escrito. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-192 del 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.	Se demanda por inconstitucional los artículos 23 y 24 (parciales) de la Ley 1617 de 2013 “Por la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales” en materia de uso de suelos por violar flagrantemente la prevalencia del interés general, así como la función social y ecológica de la propiedad privada. La infracción de los referidos mandatos constitucionales se produce en tanto la obligación de respeto de los derechos adquiridos que ha previsto el legislador supone que “está considerando patrimonializados los usos del suelo” a pesar de que no se trata de situaciones	En esta oportunidad, la Corte declara la no existencia de derechos adquiridos en materia de usos del suelo, no puede traducir en la intangibilidad de las reglas que definen el uso del suelo en los planes de ordenamiento territorial, interpretación que se impone en cuanto privilegia el denominado interés social, público o común, y posibilita la modificación legal que les compete a los planes de ordenamiento en el orden distrital y a los procedimientos de licenciamiento y de imposición de sanciones urbanísticas llegado el caso. En consecuencia, el legislador no podía consagrar la

CUADRO 7. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	jurídicas consolidadas. Se desconoce así la prevalencia del interés general.	intangibilidad de derechos adquiridos con anterioridad a la Ley 1617 de 2013, frente a los cambios que se introduzcan respecto del uso del suelo por parte de los concejos municipales y distritales, en ejercicio de la autonomía que le reconoce la Constitución y la protección y defensa del interés general por encima de intereses particulares.

Elaboración: Propia

Luego de identificados estos 20 fallos de la Corte Constitucional –máximo tribunal en materia constitucional–, es claro que existe un panorama en el que el actuar judicial podría ser considerado como “activista”, lo que deberá ser analizado y eventualmente confirmado según el marco conceptual construido en el capítulo primero de esta tesis.

Es claro, sin embargo, que a la luz de esa casuística se puede sostener que hoy el juez afronta nuevos escenarios, en los que debe gestionar procesos complejos, dejando de ser solo un guardián de la legalidad administrativa, del derecho objetivo, para convertirse en protector del interés general en su sentido más amplio, y en ese marco construye fallos estructurales que deben ser analizados de manera profunda para poder determinar su impacto en la construcción de políticas públicas.

Y, por último, también se pueden considerar en el ámbito del Consejo de Estado a las acciones populares en segunda

instancia conocidas por la Sala de lo Contencioso¹⁶ y los conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁷ del mismo. Estas providencias constituyen una fuente importante de análisis del posible activismo judicial, pues es allí donde se configuran o se delimitan los derechos e intereses colectivos; en el siguiente cuadro se identifican los principales contenidos en temas ambientales¹⁸.

-
- 16 Las acciones populares como medio procesal buscan asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como una triple finalidad evitar el daño contingente (preventiva), hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración por el agravio sobre esta categoría de derechos e intereses (suspensiva) y restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa). Estas acciones están reguladas en la Ley 472 de 1998.
 - 17 La Sala de Consulta y Servicio Civil tiene como función central absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno nacional, a través de sus ministros y directores del Departamento Administrativo, según lo establece el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011.
 - 18 También existen fallos que podrían ser catalogados como “activistas” en el interior del Consejo de Estado, que declaran la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, donde a través del medio de control de reparación directa, se busca la reparación de los perjuicios materiales e inmateriales padecidos en sus patrimonios por los actores con motivo de las fumigaciones de glifosato en área rural de los departamentos de Caquetá y Huila. Las referencias son las siguientes: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013, N°. Rad.: (22060). M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014, N°. Rad.: (29028). M.P.: Ramiro Pazos Guerrero. En estos dos fallos se presenta una flexibilización de la prueba del nexo causal como elemento central de la responsabilidad, se privilegian pruebas indirectas y se relativiza la prueba directa. Asimismo, se le da otra dimensión a la acción de reparación directa, pues el Consejo de Estado no se queda en solamente la indemnización sino que pasa al ámbito de la compensación, y obliga a la formulación de proyectos forestales con especies nativas de la región para generar la recuperación de los ecosistemas afectados con las fumigaciones.

CUADRO 8. FALLOS DE ACCIONES POPULARES DEL
CONSEJO DE ESTADO EN TEMAS AMBIENTALES

Identificación	Asunto	Solución
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2010, N°. Rad.: 4400123310002005-00328-01. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.	Un ciudadano del municipio de Maicao (La Guajira) interpone acción popular en busca de amparo del derecho a gozar un ambiente sano y a la salubridad, ocasionado por la construcción de una laguna de oxidación para el tratamiento de aguas residuales, pues esta infraestructura presenta filtraciones que contaminaron el recurso hídrico de los arroyos lo que ha generado una afectación a la salud y ambiente sano de los integrantes del pueblo indígena Wayú.	En esta oportunidad, el Consejo de Estado accedió a las pretensiones del actor y condena a las entidades involucradas en la vulneración de los derechos colectivos y ordena varias cosas, en primer lugar, deberá descontaminar el ambiente afectado y recuperar las zonas aledañas a la laguna en un término de 30 días, segundo, ordena al alcalde y demás representantes de las entidades presentar un plan maestro de alcantarillado para el municipio que sea idóneo y eficaz, en un término de dos meses, y, por último, ordena la creación de un comité de seguimiento a todas la órdenes impartidas.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 2500023250002005-00662-03. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.	Cerros Orientales	Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°. Rad.: 2500023250002003 91193-01.M.P.: María Elizabeth García González.	Se presenta una acción popular por ciudadano que alega la vulneración del derecho a gozar de un ambiente sano y otros en el Archipiélago Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo por la ineficacia y falta de coordinación entre las entidades encargadas de la conservación y preservación de los	El Consejo de Estado en este caso salvaguardó los derechos colectivos invocados y determinó la necesidad de una solución integral a la problemática del Archipiélago, por lo que ordena la elaboración de un Modelo de Desarrollo Sostenible (MDS) que incluya las islas, islotes, cayos y morros, así

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	encargadas de la conservación y preservación de los recursos naturales en este importante ecosistema, presentándose omisiones administrativas desde 1968.	como las aguas circundantes y la plataforma submarina hasta una isobata de doscientos metros, en este se deben establecer medidas eficaces para la restauración, conservación, manejo y uso sostenible de los ecosistemas. Para esto fija un plazo de ocho meses y se deberá formular un Plan de Manejo Ambiental del área marina protegida. Adicional, obliga ejercer control a la contaminación marítima y se deberá formular un plan de recuperación de manglares y arrecifes. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, N°. Rad.: 2500023270002001-90479-01. M.P.: Marco Antonio Velilla.	Se presenta una acción popular por la afectación grave al ecosistema del río Bogotá, que recibe gran cantidad de vertimientos de origen doméstico, industrial y agrícola, los cuales no son objeto de ningún tratamiento primario, secundario ni terciario. Se acumularon ocho acciones populares que versaban sobre el mismo tópico, habiendo sido instauradas por la contaminación del río Bogotá en todos los municipios de influencia de este, generada la misma por diferentes factores de índole industrial, biológica, biótica, económica y social. El río Bogotá nace en la Laguna del Valle, ubicada en el páramo de Guachaneque, municipio	En este fallo se pueden identificar cerca de 13 problemas jurídicos relevantes por parte del Consejo de Estado. Resulta un fallo que aborda toda la problemática de la Cuenca Hidrográfica y toma una serie de medidas para afrontar la problemática. Este fallo será analizado a profundidad en el siguiente capítulo.

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	de Villapinzón; a lo largo, desde su nacimiento hasta su desembocadura, recibe vertimientos de aguas residuales domésticas, agrícolas e industriales sin tratamiento previo, provenientes de los municipios de Villapinzón, Chocontá, Suesca, Sesquilé, Gachancipá, Tocancipá, Sopó, La Calera, Cogua, Cajicá, Chía, Cota, Tabio, Tenjo, Zipaquirá, Soacha, Sibaté, Madrid, Facatativá y Mosquera.	
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 25000232400020110 0227 01. M.P.: Enrique Gil Botero.	Se presenta una acción popular para la protección del derecho a gozar de un ambiente sano y todos sus componentes, teniendo en cuenta la importancia de los animales. El Consejo de Estado plantea un problema jurídico bien importante, si la utilización de animales por parte de una persona jurídica, especializada en realizar investigaciones científicas, ¿implica la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales y especialmente amenaza la conservación de las especies animales y vegetales?	La Sala establece que la investigación científica que experimenta con animales se encuentra justificada, pues su objeto principal es lograr beneficios para el ser humano y salvar su vida. También es inevitable ya que a pesar de que existen otros métodos, estos no proporcionan la certeza y seguridad de su uso en seres humanos. Permitir que la investigación científica se realice utilizando animales, no es óbice para afirmar que se está atentando contra el equilibrio ecológico o que directamente se está amenazando la conservación de las especies animales o vegetales, ya que si bien los contornos del derecho a la investigación científica “están definidos, por los artículos 2, 70, 71 y 79 de la Carta, que comprometen al Estado en la promoción y fomento de la investigación

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
		y la ciencia, además le entregan el deber de proteger el medio ambiente y los recursos naturales, así como la vida de las personas". Esto quiere decir que los procedimientos se deben realizar de manera correcta, cumpliendo con las condiciones adecuadas y exigidas por la autoridad competente, no se les puede causar daño a las especies objeto de la experimentación o proporcionarles trato cruel, pues no se desconoce la condición de seres vivos y el respeto que se les debe, por ostentar esta condición. Sin embargo, no se puede permitir que se les considere como sujetos de derechos y se acuda a una acción popular para evitar esta experimentación, pues esta no es la naturaleza de la misma.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 2005, N°. Rad.: 1687. M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo.	Se presenta una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte de la cartera ministerial de Agricultura y Desarrollo Rural con el fin de establecer si de acuerdo con la normatividad vigente en el país, es necesario contar con licencia ambiental para importar y comercializar semillas transgénicas.	El Consejo de Estado aclara que para la importación, producción, y venta de las semillas transgénicas, no se requiere de licencia ambiental sino de la autorización expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, en aplicación de los artículos 291, 301 del decreto ley 2811 de 1974, 65 de la Ley 101 de 1993 y la Ley 740 de 2002. Esta última exige la evaluación de riesgos, que consiste en un análisis científico, exhaustivo, coherente y responsable que tenga en

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
		cuenta el ecosistema receptor y, por supuesto, su impacto frente a la biodiversidad y la salud humana; evaluación que deberá materializar los principios de eficacia y transparencia, precaución, evaluación paso a paso y caso a caso, información y publicidad, y responsabilidad. Conceptúa la Sala que el legislador es consistente en la distribución de las competencias en materia de nuevas especies obtenidas mediante utilización de recursos genéticos, incluyendo las resultantes de la biotecnología, entre el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, bajo dos parámetros: el primero, de carácter general, según el cual el Ministerio posee una competencia general para la protección del medio ambiente, y el ICA una competencia especial, limitada a la evaluación de los riesgos ambientales derivados de la utilización de insumos agropecuarios (salvo los pesticidas de conformidad con la Decisión 436 de la Junta del Acuerdo de Cartagena), semillas y especies nuevas; y el segundo, específico, que atiende a diferenciar las nuevas especies obtenidas con recursos genéticos, en cuanto a que si

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
		estos pertenecen a la flora y fauna silvestres nacionales, el competente para su regulación y otorgamiento de autorizaciones es el Ministerio, y si se trata de recursos provenientes de otras fuentes, la competencia para regulaciones y autorizaciones le corresponde al ICA.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 11 de diciembre de 2014, N°. Rad.: 1100103060002014-00248(2233) 01. M.P.: William Zambrano Cetina.	Se presenta una consulta referente a la delimitación de los páramos para excluir la actividad minera, por tanto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) consulta al Consejo de Estado si la definición de ecosistema se debe hacer combinando elementos resultantes de las ciencias naturales con los aspectos sociales y económicos que se presentan en el área, lo que implicaría excluir de la delimitación del páramo zonas del ecosistema que son transformadas por actividades humanas.	En este concepto se aclara, por primera vez, que la delimitación de ecosistemas de páramo se debe efectuar combinando los elementos técnicos, económicos, sociales y ambientales que se presentan en el área. El uso de esta metodología no comporta necesariamente la posibilidad de excluir ecosistemas de páramo las zonas que son transformadas por las actividades humanas, se deberá verificar por la autoridad ambiental si estas áreas son necesarias para la recuperación y conservación del ecosistema de páramo. En todo caso, si existiera riesgo para la conservación de los ecosistemas de páramo, el criterio ambiental prevalecerá sobre los demás.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 26 de junio de 2015, N°. Rad.: 76001233100020040	Se presenta una acción popular contra la Superintendencia de Notariado y Registro, el Ministerio del Medio Ambiente, el municipio de Santiago de Cali y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (en adelante C.V.C.), para	El Consejo de Estado considera que el Ministerio del Medio Ambiente y la Corporación Autónoma del Valle del Cauca han violado derechos colectivos, porque mediante la Resolución 126 de 1998 el primero sus trajo áreas de las Reservas

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
0656 01. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.	reclamar protección a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la protección de áreas de especial importancia ecológica, el goce del espacio público y la defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, y al goce de un ambiente sano, en general para la protección del Parque Nacional Natural Farallones de Cali.	Forestales de los ríos Cali y Meléndez, y porque no se inscribió esta actuación en los folios de matrícula inmobiliaria respectivos lo que ocasionó una afectación grave al ecosistema del Parque Nacional Natural Farallones de Cali, en este caso se ordena inscribir la Resolución 92 de 1968, que declaró como Parque Nacional Natural el área de los Farallones de Cali, en todos los folios de matrícula inmobiliaria cuyas áreas se encuentran dentro del Parque Nacional Natural, exhorta al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al municipio de Santiago de Cali y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca a velar permanentemente por la conservación de las reservas forestales, en los términos de sus competencias, y ordena la creación de un comité de verificación que asegure la eficaz implementación de lo ordenado en el fallo, quienes deberán informar bimensualmente al Tribunal sobre las decisiones y acciones que se tomen y realicen al respecto.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°. Rad.: 25000-23-24-000-	Se presenta una acción popular por parte de una junta de acción comunal del municipio de Soacha que busca la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la seguridad y salubridad públicas,	En este caso, el Consejo de Estado reitera la necesidad de salvaguardar el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, en el caso en concreto, ordena al representante legal cesar de forma inmediata sus actividades

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
2011-00654-01. M.P.: María Elizabeth García González.	debido a que la empresa colombiana de minerales SAS (Ecomín) genera altos niveles de ruido, material tóxico y deterioro de la vía de acceso al municipio. Se reprocha la actuación de la CAR, pues ha realizado visitas técnicas y seguimiento ambiental, pero no ha logrado ejercer autoridad ambiental en este sector, la afectación se torna de grave y reiterada para los habitantes del sector.	a partir del momento en que el presente fallo quede ejecutoriado y remover toda su infraestructura, maquinarias, elementos de trabajo en el plazo máximo de seis (6) meses. También le ordena al alcalde de Soacha vigilar el cumplimiento de la orden de cese de actividades y remoción de las instalaciones de la empresa Ecomín, y en lo sucesivo a través de las entidades competentes del orden municipal, esto es, la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial del municipio de Soacha, trabajen de consuno y coordinadamente, en aras de vigilar el adecuado uso del suelo según las normas que rigen la materia, la Ley 388 de 1997 y el Acuerdo Municipal núm. 46 de 27 de diciembre de 2000 “por medio del cual se expide el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Soacha”, adelantando para tal evento las actuaciones que el ordenamiento jurídico les haya autorizado. Y, por último, ordena a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), agotar los trámites administrativos sancionatorios en contra de la empresa y dentro del ámbito de sus competencias ordene a Ecomín la reparación de los daños ocasionados al suelo y al medio ambiente durante el tiempo en que funcionó

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
		en el aludido sector. Adicional a todo esto, ordena la conformación de un comité de verificación, quienes harán seguimiento a lo ordenado en este fallo e informarán sobre las decisiones y acciones que respectivamente se tomen y realicen.
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2006, N°. Rad.: 250002327000-2002 (AP-02832).M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.	Un grupo de estudiantes del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario interpusieron una acción popular en busca de la protección de los derechos colectivos al medio ambiente y a la salud, por la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Machetá. Todo esto se origina por la firma de un Convenio Interadministrativo entre el municipio de Macheta y la CAR para la construcción de la planta en mención, esta última entidad asume la obligación de asesoría, capacitación, vigilancia y monitoreo del sistema y el municipio adquirió la obligación de conseguir los terrenos necesarios para la construcción de la planta, adelantar las gestiones del proceso de licitación, designar interventor para la correcta ejecución del proyecto. Todo esto se hizo, y en el desarrollo del proyecto se evidenció que existían irregularidades en los filtros de las piscinas de oxidación lo que estaba generando grietas, porosidad	El Consejo de Estado evidencia que se presenta un mal funcionamiento de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales por múltiples fallas en la construcción y encuentra afectados los derechos colectivos al medio ambiente, a la salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios públicos. Por tanto, ordena una serie de medidas de prevención y restitución para proteger los derechos colectivos. En primer lugar, la CAR tendrá que realizar un estudio detallado respecto de las medidas necesarias para solucionar las fallas que adolece la planta, con el fin de que esta funcione correctamente, para esto le otorga un término de dos meses, asimismo, deberán informar el avance de los estudios y asumir la interventoría del proyecto de forma gratuita. Segundo, el municipio deberá asumir el costo de las obras necesarias para el correcto funcionamiento, para esto tendrá un término de cuatro meses. Y, por último, se ordena la

CUADRO 8. CONTINUACIÓN

Identificación	Asunto	Solución
	y desprendimientos ocasionando la afectación de derechos e intereses colectivos de las comunidades.	creación de un comité para la verificación del cumplimiento del fallo, este estará integrado por el Personero municipal, funcionario de la CAR, delegado de la Defensoría del Pueblo y el Presidente del Concejo de Machetá.

Elaboración: Propia

Luego de identificados estos 10 fallos del Consejo de Estado como máximo tribunal en materia contenciosa administrativa, es claro que existe un panorama en el que el actuar judicial podría ser considerado como “activista”, lo que deberá ser analizado y eventualmente confirmado según el marco conceptual construido en el capítulo primero de esta tesis.

2.4 METODOLOGÍA

Para realizar el análisis de caso, tendiente a identificar el perfil del activismo judicial con incidencia en las políticas públicas ambientales, se desarrollará una metodología particular que permitirá considerar los fallos judiciales seleccionados y determinar su nivel de activismo, así como describir el eventual impacto de los mismos en el diseño de políticas públicas.

De los casos jurisprudenciales identificados y referenciados en los cuadros desarrollados en el punto anterior de este capítulo, se analizarán tres fallos de cada uno de los grupos de sentencias, los que se han escogido por ser los más controvertidos.

Sobre esta muestra, la metodología de análisis consistirá, en primer lugar, en la descripción del pleito, mediante el cual se analizarán los hechos, los derechos en tensión y el problema jurídico.

Segundo, se analizará la argumentación judicial del decisorio, considerando las reglas o elementos normativos utilizados como fundamentos de los decisorios, y posibles escenarios de seguimiento y diálogo interinstitucional.

Y, tercer lugar, se efectuará una opinión sobre el contenido del fallo, en la que se analizará su impacto global en las políticas ambientales en Colombia, y, su permanencia en el tiempo.

Este esquema de análisis procurará sostener si existe un perfil activista en el actuar jurisdiccional que ha llevado a la resolución judicial de estos conflictos, caracterizando en este caso el mismo y su relación con las políticas públicas.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DE CASOS EN EL DERECHO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

“Las cuatro características del juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”.

Sócrates

3.1 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONFLICTOS AMBIENTALES RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se ha referido, teniendo en cuenta el gran número de sentencias judiciales que se identificaron en este trabajo vinculadas a conflictos ambientales, se ha priorizado el análisis de algunas de ellas, para así llevar a cabo su estudio exhaustivo que permita concluir si pueden o no ser catalogadas como fallos activistas, determinando en tal caso su impacto en las políticas públicas ambientales.

3.1.1 Sentencia Contaminación de la Drummond (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla)

3.1.1.a Descripción del pleito

El señor Orlando José Morales promovió acción de tutela el 9 de julio de 2009 contra la sociedad Drummond Ltda., alegando la vulneración de los derechos a la vida, a la salud, a la intimidad, al ambiente sano, por la actuación de esta última en la operación de la Mina de Carbón “Pribbenow”, ubicada en el corregimiento La Loma, municipio El Paso del departamento del Cesar, la cual según el actor tiene un proceso de explotación constante y sin control alguno, pues los trabajos de minería se llevan a cabo las 24 horas de día, generando un ruido insoportable por el funcionamiento de las máquinas, contaminación del aire por el material particulado producido en la explotación y, por consiguiente, afectación al ambiente sano y a la salud de los pobladores cercanos a este lugar. También afirma que existe contaminación de dos fuentes de aguas utilizadas para consumo humano y animal en el sector. La parte demandada afirma que es cumplidora de las obligaciones ambientales fijadas en el instrumento ambiental otorgado para la operación y que se han realizado monitoreos y mediciones constantes de la contaminación del aire, las cuales se encuentran dentro de los límites permisibles, y que en relación con las aguas subterráneas se corren modelos hidrológicos que demuestran la idoneidad en la actividad minera realizada. El fallo del Tribunal Superior de Valledupar (Cesar), Sala Civil-Familia, del 2 de septiembre de 2009, negó el amparo afirmando que en el proceso no estaba demostrada la vulneración, amenaza o riesgo de un derecho constitucional al actor o a sus dependientes.

Los derechos en tensión en este caso son, por un lado, el derecho a gozar de un ambiente sano de la comunidad del corregimiento La Loma; y, por otro, el derecho a la libertad de empresa de la sociedad Drummond Ltda. Se presenta así el choque clásico entre la constitución económica y la constitución ecológica. Ahora bien, el problema jurídico planteado para este caso es, ¿si una empresa o entidad en el desarrollo de una actividad económica lícita puede producir contaminación del ambiente, resultando ineficaces o insuficientes los controles que a esta le compete implantar? Y ¿si la empresa Drummond Ltda. está violando los límites permisibles de emisiones autorizados en la Licencia Ambiental otorgada para la explotación minera?

3.1.1. b Argumentación judicial

En esta oportunidad, la Corte Constitucional construye una argumentación muy sólida y reiterativa de 20 años de jurisprudencia constante sobre el derecho a un ambiente sano, partiendo del lugar trascendental que ocupa en el ordenamiento jurídico nacional, y haciendo especial referencia a la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantía de un desarrollo sostenible en el territorio nacional.

Ratifica los impactos ambientales que genera la explotación, transporte y almacenamiento del carbón, destacando la afectación a dos recursos naturales renovables, por un lado el aire, con la generación y dispersión de partículas, y, por otro, el agua, con la contaminación de las fuentes de agua superficiales y subterráneas; por tanto, estas actividades deben estar sometidas al control administrativo –ambiental y sanitario– para lograr la indemnidad del ambiente,

el bienestar general y, en particular, la salud y derechos de la población circundante¹.

Reitera la necesidad de que el Estado colombiano incorpore guías y normas de calidad del aire diseñadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), las que fijan los niveles máximos a los que puede estar expuesto un ser humano sin riesgos apreciables para la salud generados por la actividad minera; estos documentos son estimados, es decir, son una simple recomendación sin vigor coercitivo². Con base en esto entiende que es indudable que existe una concentración de estas partículas en la explotación de carbón a cielo abierto donde se generan impactos de triple condición: primero, físicos, que son producidos por la remoción de suelo, cambios paisajísticos, obras de desvío o realineamiento de cauces, contaminación puntual de aguas, deterioro del aire por la emisión del material particulado y generación de ruido; segundo, bióticos, por la pérdida

-
- 1 En esta oportunidad, la Corte Constitucional acude al derecho comparado y trae a colación diversos fallos proferidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, quien ha emitido varios fallos relativos a la protección del ambiente y su conexidad con la salud pública. Dentro de estos se destaca *Oneryildiz vs. Turquía*, *López Ostra vs. España*, *Fadelleva vs. Rusia*, *Taskin y otros vs. Turquía*, *Dubetska y otros vs. Ucrania*. Todos estos fallos reconocen violación de derechos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y reconoce que al determinarse complejos temas de política ambiental y económica, los procesos decisorios deberían incluir investigaciones y estudios que permitan predecir y evaluar anticipadamente los efectos que pudieran afectar el medio ambiente y los derechos de las personas. También presenta otro caso relevante en el contexto internacional, resuelto por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos *Nigeria vs. Ogoniland*, declarando responsable al primero por las violaciones a derechos padecidos por comunidades, estos ocasionados a raíz del vertimiento de desechos tóxicos por la empresa Shell. Estos pronunciamientos coinciden con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha concluido que el derecho al ambiente sano es un derecho fundamental; ver en este sentido (Guzmán & Ubajoa, 2015).
 - 2 Los contaminantes tradicionales que son objeto de medición y control son dióxido de azufre (SO₂), monóxido de carbono (CO), dióxido de nitrógeno (NO₂), ozono (O₃), material particulado en suspensión (MP) y plomo (Pb).

de cobertura vegetal, afectación a la biodiversidad y a los recursos hidrobiológicos; y, por último, sociales, generados por la variación de los patrones que se traduce en desplazamiento de población generado por las expectativas de desarrollo regional y local.

En el caso en concreto, la Corte revoca la sentencia del Tribunal Judicial de Valledupar (Cesar) y concede el amparo a los derechos fundamentales a la vida, salud y ambiente sano. En este fallo se imparten cuatro órdenes puntuales y dos obligaciones de seguimiento y control; dentro del primer grupo, dos para el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y dos para la Empresa Drummond Ltda., por conducto del representante legal de la sucursal en Colombia; y dentro del segundo grupo se destacan órdenes para la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, las que son presentadas en el siguiente cuadro, en el que permite analizar la existencia y característica del activismo judicial en el caso en concreto, teniendo en cuenta el marco conceptual presentado en el primer capítulo de esta tesis.

Reconocimiento del derecho	Se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano, catalogándose este reconocimiento como un activismo fuerte, pues se adopta una concepción de núcleo mínimo con respecto del contenido del derecho, exigiéndoles de manera fuerte a las autoridades de la rama ejecutiva para que garanticen el goce pacífico mínimo de ese derecho, catalogado como fundamental, cuya acción procesal para su defensa es la acción de tutela, tal como se procedió en el caso.
Medidas de implementación	Como posibles remedios o soluciones para el caso, la Corte Constitucional dio cuatro medidas, a saber: En primer lugar le ORDENA al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o a quien haga sus veces, realice un análisis de las recomendaciones de la OMS y de otros organismos relacionados de los efectos adversos a la salud y en general contra el medio ambiente que genera la explotación carbonífera a gran escala y la implementación y funcionamientos eficaz de sistema de control constante para la amortiguación del ruido y erradicación del material particulado generado en la explotación de

	carbón. Segundo, le ordena al Ministerio promover un plan de acción con actividades coordinadas por todas las instituciones que integran el Sistema Nacional Ambiental para construir la Política Nacional Integral para la Optimización de los Recursos Naturales, en la que deberán implementar, prioritariamente, la prevención y el control de los impactos generados al agua y al aire en la actividad minera. Tercero, ordena a la sociedad Drummond que en un término de tres meses, contados a partir de la firmeza del fallo, ejecute la instalación de maquinaria de última generación técnica, así como amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión. Y, cuarto lugar, ordena a esta misma sociedad incluir en su plan de manejo ambiental, plantación de barreras vivas alrededor de las zonas de explotación, almacenamiento y transporte de carbón para erradicar el daño ambiental generado por la explotación carbonífera.
Medidas de seguimiento	Como medidas de seguimiento establece que la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República conformen un comité de vigilancia y seguimiento a lo ordenado en el fallo. Además ordena que se inicien las investigaciones disciplinarias y fiscales a que hubiese lugar por las medidas y obras que se han debido realizar oportunamente en defensa del ambiente y la salud de los conciudadanos.

3.1.1.c Opinión sobre el fallo

El fallo analizado anteriormente puede ser catalogado como activista, en cuanto el juez de tutela se aparta del paradigma tradicional y neutro al resolver el caso en concreto y pasa a tener un rol preventivo, dinámico y colaborador, tratando de convertirse en un agente de cambio social. Con este tipo de fallos se genera un impacto que trasciende desde los actores hacia toda la colectividad.

En este caso las medidas judiciales implementadas por la Corte Constitucional son de dos tipos; en primer lugar, mandatos de innovar, pues ordena una reconversión tecnológica de la empresa generadora de los daños ambientales puros y consecutivos, lo que resulta novedoso y útil para garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano

de las poblaciones aledañas a los lugares dedicados a la explotación, almacenamiento y transporte de carbón; y segundo, mandatos dirigidos a la administración, los que están orientados hacia un resultado concreto, que en este caso es hacer compatible la actividad minera con la garantía constitucional de gozar de un ambiente sano, salud pública y vida³.

Es un fallo útil y pertinente para modificar y ordenar una situación de hecho; este tipo de órdenes son conocidas en el derecho anglosajón como las *injunctions*, las cuales tienen como objetivo implementar mecanismos novedosos para la solución de litigios.

El reconocimiento del derecho se efectúa desde un perfil activista fuerte, basado en un contenido mínimo exigible; del mismo modo, desde la consideración de las medidas ordenadas, el actuar de la Corte Constitucional, en este caso concreto, podría ser catalogado como un activista fuerte, pues les está exigiendo a la rama ejecutiva, a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la actuación

3 Colombia tiene una larga tradición en materia de acciones para el control de la contaminación del aire: en 1967 se instalaron las primeras redes para el monitoreo, en 1979 el Congreso de la República aprobó el Código Sanitario Nacional, en 1982 se adoptaron los estándares de calidad mediante Decreto 02 –derogado en forma parcial en 1995– y en 2001 se desarrolló una regulación específica para Bogotá. A pesar de contar hoy con mayor información sobre los efectos económicos y sociales de la contaminación y de los cambios en el ordenamiento institucional, la legislación y los estándares nacionales adoptados a comienzos de la década de los años 80 continúan vigentes. El país no cuenta con lineamientos nacionales para la formulación de estrategias coordinadas, eficientes y equitativas, dirigidas a prevenir y controlar la contaminación del aire. En consecuencia, las acciones locales y sectoriales se han desarrollado de manera aislada. En general, las acciones para la prevención y el control de la contaminación del aire no son evaluadas, sus logros no están documentados y sus beneficios son difícilmente comparables entre sí, así lo establece el Documento CONPES 3344 de 2005, que consagra los lineamientos para la formulación de la política de prevención y control de la contaminación del aire.

administrativa propia de este, sin perjuicio de que además ordena a la administración pública en el nivel nacional y regional para que sus esfuerzos estén orientados hacia el resultado concreto del fallo, que es la garantía de gozar de un ambiente sano por parte de los pobladores.

Las medidas de implementación, sin embargo, pueden ser catalogadas como débiles, según el marco conceptual presentado en este trabajo, pues se les solicita a otras autoridades administrativas ejercer el control y seguimiento al fallo, desvinculándose a la autoridad judicial de una intervención directa en esta etapa.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El grado de activismo en la Sentencia T-154 de 2013 es fuerte y muy propio del constitucionalismo colombiano, convirtiéndose en un mecanismo de reivindicación de reclamos sociales, y en virtud de esas “facultades novedosas”, el juez constitucional proactivo reafirma la necesidad de la colaboración armónica de las ramas del poder público con un choque entre derechos fundamentales y derechos colectivos que conlleva a la necesidad de expedir este tipo de fallos, generando efectos directos e indirectos. Directos, el diseño de política pública ordenada en la sentencia para garantizar la calidad del aire y del agua en proyectos de gran escala en la minería, y su implementación en el caso concreto al ordenar a Drummond Ltda., la reconversión tecnológica de sus equipos y la inclusión de barreras naturales que mitiguen el impacto generado por su actividad al medio ambiente, lo que deberá estar reflejado en su plan de manejo. Indirecto, la transformación de la opinión pública frente a casos de vulneración de derechos fundamentales por parte de las empresas mineras, demostrando la urgencia y la gravedad de este tipo de problemas, y consiguiente la intervención de la empresa privada en busca de una solución concreta
--	---

3.1.2 Sentencia del Relleno de Cantagallo (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-294 de 2014. M.P.: María Victoria Correa)

3.1.2.a Descripción del pleito

La comunidad indígena Venado perteneciente al pueblo Zenú, situado en la vereda Cantagallo, corregimiento Pijuayal, jurisdicción del municipio de Ciénaga de Oro, departamento de Córdoba, interpuso una acción de tutela contra la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge (CVS), Empresa de Servicios Públicos Coraseo y Ministerio del Interior, por considerar que fueron vulnerados derechos fundamentales a la dignidad humana, consulta previa, derecho a gozar de un ambiente sano y vida, pues esta vulneración es consecuencia de la omisión de consultar a este pueblo indígena la construcción del Relleno Sanitario de Cantagallo, teniendo en cuenta los impactos ambientales y sociales que se generaron con la ejecución de ese proyecto.

El mismo fue licenciado por la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge mediante la Resolución No. 14266 de 2010. Al mismo tiempo, se firmó un convenio interadministrativo entre la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge y el municipio Ciénaga de Oro, con el objeto de brindar apoyo financiero para la ejecución de las obras del relleno sanitario.

Los accionantes manifestaron que la construcción de esta infraestructura destinada al almacenamiento de los desechos ha ocasionado un daño ambiental, puro y consecutivo de gran envergadura, por las condiciones ambientales de la zona, pues es una reserva forestal, la cabecera de un importante arroyo y el nacedero de diez fuentes de agua pura, de las que se surten las comunidades indígenas Zenúes;

de otra parte, la contaminación de las aguas subterráneas podría afectar las fuentes de abastecimiento del servicio público de acueducto de los habitantes del municipio de Ciénaga de Oro.

También hacen ver la gravedad de la omisión en la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas asentadas en el área del proyecto para garantizar la subsistencia de los pueblos, la propiedad colectiva, el derecho a no ser desplazados y el debido proceso administrativo; es decir, tomar la participación ciudadana como una condición necesaria para la toma de decisiones de esta envergadura.

En primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería tuteló los derechos fundamentales alegados, teniendo en cuenta la necesidad de proteger a las familias que viven alrededor del lugar en donde se construye el relleno sanitario, ordenando la suspensión de la construcción, hasta tanto no se disponga de común acuerdo con las alternativas que permitan contrarrestar los efectos que generarían el funcionamiento del relleno. Esta decisión fue impugnada por los accionados alegando que la acción de tutela no es el medio idóneo para la defensa de derechos colectivos, pues cuentan con otras acciones para su defensa. Tal impugnación fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, la cual revocó la sentencia de primera instancia, afirmando que la decisión del *aquo* fue una tesis sin respaldo probatorio pertinente e idóneo, olvidándose el instrumento judicial para la defensa de derechos colectivos, como es la acción popular.

Los derechos en tensión en el presente caso son la obligación de prestar eficiente y oportunamente el servicio público de saneamiento ambiental y, por otro, los derechos fundamentales de las personas que habitan los lugares contiguos a la infraestructura destinada a la prestación del servicio público de aseo, como los rellenos sanitarios.

El problema jurídico que buscó resolver la Corte Constitucional es el referente a la construcción de rellenos sanitarios desde la doble perspectiva de estos; por un lado, su contribución efectiva al saneamiento ambiental y, por el otro, el impacto que genera sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas en el área de influencia; también ha identificado la necesidad de analizar los beneficios y cargas ambientales de este tipo de proyectos.

3.1.2.b Argumentación judicial

En este caso la Corte Constitucional plantea la necesidad de examinar los rellenos sanitarios como dispositivos de saneamiento ambiental y a la vez generadores de impactos susceptibles de afectar derechos fundamentales; sin duda, uno de los principales retos que deben afrontar las ciudades modernas, es la gestión de residuos sólidos y la tecnología empleada para la construcción de los rellenos sanitarios que han generado consecuencias adversas al medio ambiente y otros bienes jurídicos susceptibles de protección constitucional⁴.

Los principales impactos ambientales de la construcción y operación de un relleno sanitario son la generación de lixiviados susceptibles de contaminar los suelos y las aguas superficiales y subterráneas, la producción de gases de relleno, como es el biogás, la presencia de compuestos volátiles en el aire, el aumento de roedores y vectores sanitarios, la degradación del suelo, la activación de procesos erosivos, la devaluación del precio de la tierra en áreas

4 Infortunadamente en Colombia, los residuos presentados a la persona prestadora del servicio de aseo, tradicionalmente tienen como destino final la eliminación en rellenos sanitarios, pues la variable aprovechamiento aún no se ha logrado consolidar como un componente más del servicio (Montes, 2014).

cercanas al relleno y el alejamiento de la fauna nativa y cambios en la composición de la flora. Por consiguiente, estos impactos y su directa repercusión en derechos fundamentales de las personas implica que las decisiones de la administración relativas a la ubicación, generen rechazo por parte del conglomerado social, asumiendo posturas de tipo Nimby “*no in my back yard*” (no en mi patio trasero), y, por consiguiente, es necesario implementar estrategias de movilización para alejar de sus viviendas o zonas de producción esa problemática. Se alega, por parte de esas comunidades, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas y, en consecuencia, la necesidad de compensar a los moradores de los lugares aledaños a los sitios destinados a la disposición de residuos sólidos⁵.

La Corte trae a colación los orígenes del movimiento por la justicia ambiental, el cual tiene origen en el siglo XX, especialmente a partir de la década de los años 80, por manifestaciones surgidas en el sureste de los Estados Unidos por la instalación de plantas de desechos tóxicos y de industrias contaminantes en zonas habitadas por población pobre y afroamericana, recordando que el desarrollo de este movimiento busca asegurar la vigencia de un orden justo, y por esto se ha concentrado en la justicia distributiva, pues en temas ambientales pareciera que las

5 La Corte Constitucional ha reiterado que cuando se trate de construir rellenos sanitarios el Estado tiene la obligación de realizar estudios científicos (tanto ecológicos como ambientales) que permitan determinar la inconveniencia o conveniencia y evitar así que esta infraestructura cause perjuicios, pues son los rellenos sanitarios lugares técnicamente diseñados y operados que a partir de la utilización de principios de ingeniería, disminuyen los efectos adversos que se pueden generar durante el proceso de disposición final de los residuos sólidos (Montes, 2014). Ver en este sentido: Corte Constitucional Sentencia T-126-93, M.P.: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional, Sentencia T 257-96 M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

comunidades más pobres deberían soportar los mayores niveles de contaminación; este concepto de justicia distributiva aboga por el reparto equitativo de beneficios y cargas ambientales a todos los sujetos de una colectividad y también ha buscado incorporar una justicia participativa como reclamo de participación significativa de los ciudadanos, lo que implica la apertura de escenarios para que los afectados con la realización de determinado proyecto puedan evaluar los impactos, presentar estudios periciales y técnicos, ponderar el conocimiento local y la definición de medidas de prevención, mitigación, y compensación correspondientes.

Ahora bien, el componente distributivo de la justicia ambiental en relación con la ejecución de proyectos de gran impacto es objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, a través de los cuales se han precisado tres elementos; el primero consiste en que la sostenibilidad ecológica, social y económica de los proyectos incorpore la exigencia de que sean equitativos dentro y entre generaciones (Sentencia T-574 de 1996); el segundo reconoce que las personas y comunidades afectadas por la ejecución de estos proyectos de gran impacto ambiental tengan derecho en manifestar el impacto ambiental que se genera y, por consiguiente, a obtener una adecuada compensación por los daños (Sentencia T-135 de 2013) y, por último, se reconoce que la acción de tutela procede para lograr el reconocimiento de condición de afectado, mas no para obtener el pago efectivo de las compensaciones que se derivan de esta condición.

También la Corte Constitucional refiere que ha analizado y decantado el componente participativo dentro de la justicia ambiental que, básicamente, busca el reconocimiento del derecho fundamental a la participación de las comunidades que se ven afectadas directa o indirectamente por las cargas

ambientales derivadas de la ejecución de estos proyectos de gran impacto. Este derecho es llenado por algunos elementos de origen jurisprudencial como son la apertura de espacios de información y concertación que impliquen el consentimiento libre e informado al momento de evaluar los impactos y diseñar las medidas (Sentencia T-348 de 2012), la participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados (Sentencia T-135 de 2013), el cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (Sentencia T-194 de 1999), la financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto para poder ejercer el derecho fundamental a la participación (Sentencia T-194 de 1999), y la participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y seguimiento (Sentencia T-574 de 1996)⁶.

En este caso, la Corte Constitucional revoca la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar confirma la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Superior de Montería, tutelando los derechos fundamentales a la distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales, el acceso a agua potable y a la participación de la población asentada

6 También se puede afirmar que la participación ciudadana en la Carta Política de 1991 quedó consagrada como un elemento de la diversidad étnica y cultural, también la faceta propia de los ciudadanos por participar es un elemento fundamental del derecho a gozar a un ambiente sano y del desarrollo sostenible. En este mismo es claro que veinte años después, es evidente que los mecanismos de participación directa consagrados en la Constitución Política de 1991 no eran la solución al problema de legitimidad en la toma de decisiones. La Constitución Política de 1991 no contiene un concepto unívoco de participación. En las discusiones sobre la participación política pueden tener cabida diversos conceptos: algunas posiciones privilegian la concepción de la participación que permite hacerse oír, pero no decidir; otras van más allá y contemplan los espacios participativos como escenarios de decisión.

en el área de influencia del relleno sanitario e imparte cuatro órdenes puntuales para el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), Coraseo, Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge y Ministerio del Interior. Estas órdenes serán analizadas en el siguiente cuadro:

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho en este caso es fuerte, pues sigue un enfoque de derechos fundamentales como es el que surge de la distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales, acceso a agua potable y participación ciudadana. En esta sentencia la Corte amplía el contenido de los derechos reconocidos por el Tribunal y la Corte en las decisiones de primera y segunda instancias, respectivamente.
Medidas de implementación	Los remedios que adopta la Corte Constitucional en este caso son fuertes debido a la amplitud de órdenes y al grado de obligatoriedad y perentoriedad de cumplimiento de las mismas. Las órdenes son mandatos dirigidos a la administración, orientadas hacia un resultado. En primer lugar, ORDENA al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que a través de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales asuma la competencia para el licenciamiento ambiental del proyecto de relleno sanitario en Cantagallo y, en consecuencia, ordene revisar los términos en que fue otorgada la licencia con el fin de revocar o requerir su ajuste. Para cumplir esta orden la entidad deberá efectuar una visita en el término de 10 días al relleno sanitario y 10 días después de esta visita ANLA deberá enviar un informe al tribunal de primera instancia en el que se determine si revocará o ajustará la licencia; si se hace esto último, deberá tener en cuenta el conocimiento local, la voz de los afectados a fin de determinar las medidas necesarias para la protección de las fuentes de agua. Segundo, ORDENA a ANLA, Coraseo, CVS, para que en coordinación con el Ministerio del Interior pongan en marcha un programa que garantice la participación efectiva y significativa de la población en la evaluación de los impactos ambientales. En este punto la Corte exhorta para que en las acciones de compensación previstas en el plan de manejo se incluyan medidas concretas y concertadas con las comunidades para garantizar y compensar las afectaciones a los recursos hídricos de la zona. Tercero, ORDENA al Ministerio del Interior para que a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Pueblos ROM y Minorías, en el término de un mes se implementen mecanismos de

	diálogo y coordinación con el pueblo Zenú, a fin de establecer las diferencias y disidencias frente al proyecto. Y, por último, se ORDENA requerir a la CVS para que se pronuncie sobre la solicitud de modificación de licencia ambiental del Relleno Sanitario Loma Grande y en el término de un mes envíe un informe a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA sobre la determinación adoptada y un concepto sobre la posible existencia de alternativas para la disposición final de residuos sólidos en el departamento de Córdoba.
Medidas de seguimiento	Se ordena, por parte de la Corte Constitucional, a la Defensoría del Pueblo Regional de Córdoba realizar el seguimiento en la ejecución de este fallo y prestar el acompañamiento a la comunidad indígena y demás población asentada en el área de influencia del proyecto.

3.1.2.c Opinión sobre el fallo

El fallo analizado pone de presente los dos intereses jurídicos en conflicto y busca modularlos recíprocamente, ya que por un lado atiende los derechos sociales de la comunidad afectada con el proyecto de relleno sanitario, dentro de los cuales está el derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho a la salubridad pública, el derecho a la consulta previa, el derecho a la participación, entre otros; y, por otro, los derechos de las empresas prestadoras del servicio público de aseo y los derechos de las comunidades a contar con una infraestructura eficiente para la prestación del servicio público de aseo. Entonces, el juez pone en la balanza estas dos situaciones de hecho y de derecho adoptando unos remedios fuertes, que resultan obligatorios y perentorios para garantizar la eficacia de las decisiones ambientales.

Dentro de estas órdenes se destacan medidas judiciales de implementación, como mandatos dirigidos a la administración en los niveles nacional, territorial y local, hasta el punto que ordena quitarle la competencia legal de licenciamiento ambiental a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y de San Jorge, para que la

asuma una autoridad de mayor envergadura, como es la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), con el objeto de revisar los términos en que fue otorgada esa licencia y adoptar las determinaciones pertinentes. Como se puede observar, esta es una *injunction* fuerte en la que resulta cuestionable que el juez constitucional adopte medidas y controles de este tipo sobre la administración, pues la asignación de estas competencias es un asunto reservado al poder de configuración del legislador.

Este caso trae unos elementos de juicio que buscan generar unos insumos para la política pública ambiental relacionada con el manejo y disposición de los residuos sólidos en Colombia para que los lugares que sean seleccionados técnicamente para la construcción de esta infraestructura sean eficientes y generen el menor impacto ambiental y social a las comunidades contiguas a estos y *contrario sensu*, se genere una protección de los derechos fundamentales y colectivos de estos.

Como se podrá observar, este fallo tiene unos elementos que lo catalogan como activista fuerte, no solo por el reconocimiento fuerte del contenido del derecho al ambiente que efectúa, sino también por la amplitud de las medidas ordenadas, y la implementación de las mismas mediante unos instrumentos de seguimiento fuertes (agenda de plazos y valores mínimos de referencia para el cumplimiento).

En el siguiente cuadro se esquematizan las particularidades del grado de activismo del fallo comentado:

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	Se evidencia en este fallo que el fenómeno del activismo judicial es, sin duda, un síntoma de la crisis del Sistema Nacional Ambiental (SINA), ya que se resaltan problemas de eficacia y justicia de las decisiones adoptadas por los órganos que pertenecen a este; por tanto, la Corte Constitucional en este y en otros fallos analizados en el trabajo, hace un llamado al diálogo interinstitucional, es decir, a la implementación de agendas articuladas entre el legislador y
--	--

	el ejecutivo para evitar que el judicial tenga que intervenir y proferir fallos estructurales donde están de por medio derechos fundamentales y colectivos del conglomerado social. El efecto de estas sentencias activistas es de doble índole; por un lado están los efectos materiales, y por otro, los simbólicos, ambos con un impacto directo e indirecto. En este caso se destaca la transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y la gravedad del problema asociado a la construcción del Relleno Sanitario Cantagallo y al mismo tiempo se genera una doctrina judicial en la que se evidencia que no existen límites al control judicial de las decisiones de la administración, pues consideran que la intervención habrá de ser tan extensa como el derecho lo permita, en virtud de la facultad creativa de los jueces, el Judicial Lawmaking.
--	--

3.1.3 Sentencia Contaminación Down en la Bahía de Cartagena (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-080 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio)

3.1.3.a Descripción del pleito

El 19 de junio de 1989 se produjo un derrame de un compuesto químico denominado lorsban, que se encontraba almacenado en tanques de la empresa Down Química de Colombia S.A., en su planta de producción ubicada en la zona de Mamonal en la ciudad de Cartagena. Este derrame ocasionó contaminación ambiental que se extendió por cerca de tres kilómetros cuadrados, ocasionando la muerte de algunas especies del ecosistema marino. Como consecuencia de esto, Fundepúblico interpuso una acción popular contra la referida empresa, acción regida por el artículo 1005 del Código Civil, donde se buscaba la condena por todos los perjuicios generados.

Esta acción fue resuelta el 29 de junio de 2012 por parte del Juez Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, quien encontró probado el daño ecológico en la bahía por vertimiento ocurrido en 1989 y condenó como responsable a

la compañía. La decisión fue impugnada por la empresa demandada, alegando falta de legitimación en la causa por activa, pues la bahía le pertenece a la nación y no a un grupo de particulares, también manifestaron que el juez de primera instancia se había equivocado aplicando la disposición mencionada del Código Civil, pues a la fecha del fallo ya estaba en vigencia la Ley 472 de 1998. El recurso fue resuelto por el Tribunal Superior de Cartagena el 18 de abril de 2013, revocando la sentencia de primera instancia, pues a pesar de que se encuentra probado el vertimiento tóxico en la bahía, consideró que la acción popular no era el medio idóneo para buscar una indemnización particular, y que después de veinte años de ocurrido el hecho dañoso no se puede afirmar si aún el daño ecológico continúa; por el contrario, del expediente se infiere que lo que se persigue son los efectos económicos indirectos del siniestro⁷.

7 La bahía de Cartagena tiene una superficie de 82 km² y se constituye como un recurso fundamental para el desarrollo regional por la confluencia de diferentes actividades productivas (puertos, muelles turísticos y zona franca portuaria e industrial) y en general para la economía nacional. Comprende desde la divisoria de aguas del cerro de La Popa hasta la punta de Barú, e incluye las islas de Tierra Bomba y Barú. En esta se desarrolla una economía industrial representada en la zona de Mamonal en la que tienen asiento empresas productoras de sustancias químicas, plásticos, bebidas no alcohólicas, curtición de pieles, cementeras, metalmecánica, petróleo, plaguicidas y procesadoras de lácteos, carnes, pescados y mariscos. La zona de Mamonal concentra el 70% del sector petroquímico de la región (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2014). La problemática de la bahía de Cartagena se centra en el vertimiento de aguas contaminadas, situación originada por las siguientes causas: cerca del 40% de las aguas residuales domésticas son vertidas sin tratamiento previo provenientes del alcantarillado de Cartagena, a través de un tubo submarino, vertimientos ocasionales de hidrocarburos y residuos orgánicos, microbiológicos y químicos, vertimientos de residuos sólidos y oleosos por muelles, agentes marítimos y operadores portuarios, vertimiento sin tratar de aguas de lavado de embarcaciones y desguace de embarcaciones a flote, también a esta bahía llega el aporte de aguas continentales a través del Canal del Dique, que hoy se le da el calificativo de estuario, contaminación de plaguicidas, resultado de actividades agrícolas en sus alrededores, y la

El 6 de diciembre de 2013 el señor Juan Felipe Ogliastri Turriago, en representación de Fundepúblico y Carmenza Morales Brid, presentaron acción de tutela contra el fallo del Tribunal de Cartagena, alegando un defecto sustantivo y un desconocimiento del material probatorio de la existencia del daño causado, es decir, también un defecto fáctico, solicitando mediante esta acción de tutela contra providencia judicial, dejar sin efecto el fallo. La acción fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decidiendo no proteger los derechos alegados, por no satisfacer el requisito de la inmediatez y consideró que el fallo del Tribunal evidenciaba un ejercicio autónomo, coherente y razonado.

La Corte Constitucional escogió el fallo para su revisión eventual, donde las entidades vinculadas manifestaron que después de 25 años del derrame de lorsban no es posible contar con una herramienta técnica que con precisión determine los efectos; sumado a esto, las autoridades ambientales de la región denunciaron el deplorable estado de la bahía de Cartagena por las elevadas cantidades de sedimentos y sustancias químicas tóxicas en el agua. La Corte Constitucional formula dos problemas jurídicos de carácter específico; el primero es si ¿constituye un daño ambiental el vertimiento de lorsban ocurrido en la Bahía de Cartagena en 1989, pese a que el mismo sea un producto biodegradable? y el segundo, si ¿pueden considerarse un resarcimiento suficiente las obras y acciones emprendidas por Down Química de Colombia S.A., con posterioridad al derrame de lorsban?

presencia de industrias productoras de agroquímicos en el sector industrial de Cartagena, muy cerca de la bahía.

Los derechos en tensión en este caso son el de gozar de un ambiente sano, en cabeza de la colectividad, es decir, de los habitantes de la bahía de Cartagena, el derecho al mínimo vital de las personas dedicadas a la pesca y al turismo; y, por otro lado, la libertad de empresa de la sociedad Dowm Química de Colombia S.A., que se encuentra asentada en la Bahía de Cartagena hace más de 50 años, generando empleo y dinamizando la economía regional; es un caso más de choque argumentativo entre la Constitución Ecológica y la Constitución Económica donde, posiblemente, el Principio de Desarrollo Sostenible podría ayudar a resolverlo.

3.1.3.b Argumentación judicial

En este caso, la Corte Constitucional acude a la reiteración de la jurisprudencia para resolver la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, aclarando los criterios de procedibilidad de la acción de tutela en situaciones en la que si bien no se está ante una burda transgresión de la Carta Política, sí ante decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales. Luego de esto, la Corte presenta un desarrollo histórico y normativo de la Acción Popular, en el ordenamiento jurídico nacional, exponiendo tres momentos esenciales de este importante medio de defensa de los derechos e intereses colectivos⁸.

8 Los derechos e intereses colectivos son un fenómeno colectivo que está ligado al concepto de lo público, es decir, es cada uno de los miembros de la colectividad sin distinción alguna, es una especie de derecho subjetivo común. El legislador colombiano ha encontrado una dificultad para definir los derechos colectivos, por tanto, ha optado por establecer un sistema de *numerus apertus* –por oposición a los *numerus clausus*–, esto es, a la taxatividad; así es un sistema abierto e indicativo de lo que se debe entender por derecho e interés colectivo. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede asumir que los derechos colectivos y los intereses colectivos gozan de un núcleo común que permite

Un primer momento, la Acción Popular consagrada en el Código Civil; un segundo momento, el marco normativo trazado por la Constitución de 1991 y la Ley 472 de 1998, y un tercero que deberá examinar el régimen de transición entre el Código Civil y la Constitución de 1991.

También la Corte presenta una amplia argumentación en torno de la protección constitucional de la naturaleza y la consolidación de principios rectores del derecho ambiental, pasando por las diversas aproximaciones a lo ambiental, enfoque antropocéntrico, enfoque solidario y comprensivo y enfoque alterno; entendiendo que, sin duda, la naturaleza es un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Esto ha llevado a que el derecho ambiental, por excelencia, sea una rama del derecho interdisciplinario que remite a campos del conocimiento no legales. En las últimas décadas, los principios que se han venido discutiendo en el marco de este derecho y que buscan resolver los retos y desafíos de la protección ambiental en Colombia, son: Desarrollo Sostenible, Principio de Prevención, Principio de Precaución, Principio de quien contamina paga, entre otros⁹.

un tratamiento hasta cierto punto conjunto. Ambos son supraindividuales e indivisibles, lo que los caracteriza como que trascienden la esfera individual, siendo diferente de cada uno y de la suma o agregación de los derechos subjetivos individuales. En conclusión se podría especificar que un derecho o interés colectivo es aquel que tiene como titular a una colectividad o grupo de individuos que manifiesta un beneficio común a los miembros, los cuales son ejercidos por los órganos determinados conforme a su voluntad y de conformidad con la ley.

- 9 La mayoría de estos principios del Derecho Ambiental surgen en las Declaraciones de Estocolmo y de Río, tienen un valor de derecho suave (*soft law*). No obstante han sido acogidos por la normatividad internacional y nacional de muchísimos países, dentro de esa Colombia, y constituyen un mandato de optimización y fuente informadora del ordenamiento positivo ambiental. Los principios del derecho ambiental son considerados como *Directing Principles*, es decir, están diseñados para servir de orientación para la implementación de políticas públicas (Amaya A., 2016).

Pasando al caso en concreto, la Corte considera que es necesario, para atender satisfactoriamente una catástrofe ambiental y para lograr una reparación integral, un seguimiento participativo y articulado por las distintas personas y entidades competentes en el proceso, ya que desde la Ley 23 de 1973 –considerada como un pilar del derecho ambiental colombiano– se destaca la importancia del deber de información, que constituye un elemento transversal a la política pública ambiental; el Código de Recursos Naturales –Decreto 2811 de 1974– fomenta, expresamente, la organización y funcionamiento de las asociaciones de usuarios de los recursos naturales renovables, la Constitución Política de 1991, estimula el gobierno democrático y participativo, y la Ley 99 de 1993 consagra como principio rector del Sistema Nacional Ambiental que el manejo de los recursos naturales será descentralizado, democrático y participativo, y también faculta a cualquier persona a formular peticiones de información en relación con elementos susceptibles de producir contaminación; por esto considera que el principio democrático y la participación ciudadana están presentes en los pilares del derecho ambiental colombiano.

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional –recuerda– es enfática en fijar reglas específicas sobre la materia en las que se destacan, en primer lugar, la apertura de espacios de participación, información y concertación; segundo, la importancia de elaborar censos de afectados y contar con la participación de la comunidad a lo largo de la realización del proyecto; tercero, la financiación de la asesoría que requieran las comunidades por el proyecto y cuarto lugar, la participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control. La Corte trae a colación el caso *Claude Reyes vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este se

fijan elementos esenciales del acceso a la información en materia ambiental. En este caso el comité de inversiones extranjeras no accedió completamente a una petición de información con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que era un plan de deforestación que se llevaría a cabo en Chile y que podía ser perjudicial para el medio ambiente, la CIDH trae a colación declaraciones de la OEA sobre gobernanza de la democracia y el Principio 10 de la Declaración de Río, se determina que sí existió violación al derecho de información. La Corte Constitucional considera que en este tipo de conflictos ambientales, como en el caso concreto, se hace indispensable un trabajo articulado de los distintos entes responsables, es decir, entidades estatales y privadas que resulten competentes¹⁰. Por tanto, se revoca la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Laboral, y se concede la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a un ambiente sano.

Aclara la Corte que no se condena a una indemnización sino a un reconocimiento a favor del bien colectivo afectado y da una serie de órdenes que se resumen en el Cuadro que se expone a continuación.

10 En torno de la participación ciudadana existen dos tendencias en la doctrina: por un lado, la liberal antiparticipativa y, por otro, la democrática participativa. La primera sostiene que la participación ciudadana intensa, por parte de los ciudadanos, tiende a fragmentar. Hoy se defiende una hipótesis que sostiene que el diseño institucional que adoptan los presupuestos participativos en el mundo, la participación ciudadana que se produce es más consultiva que deliberativa, y en algunos casos se usa para renovar relaciones del representante con el representado. Cuando se provocan procesos de participación ciudadana más sustantivos, es determinante el papel de organizaciones sociales de la sociedad civil. El principal resultado es que para provocar procesos de participación ciudadana complementarios a la democracia representativa, los diseños institucionales no son tan determinantes como la voluntad política de los alcaldes y el rol dinámico de la sociedad civil (Montecinos, 2014).

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho a gozar de un ambiente sano es considerado como fuerte, pues explica la envergadura del interés superior de la naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano y, por tanto, la garantía de protección reforzada que plantea una visión antropocéntrica donde el ser humano es la única razón del ser del sistema legal y a los recursos naturales como objetos materiales al uso razonado del hombre. También se reivindican visiones globales y solidarias de la responsabilidad humana que busca generar deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras. Por esta razón, es un enfoque fuerte, pues se adopta un núcleo mínimo con respecto del contenido material del derecho y unos elementos para garantizar su goce pacífico.
Medidas de implementación	Como medidas de implementación se prevén: En primer lugar, ORDENA que la comunidad afectada en la zona de Mamonal participe activamente en el proceso de elaboración y definición de los planes de restablecimiento que la autoridad pública pretenda adelantar. Asimismo, se ORDENA que estas comunidades participen en actividades de monitoreo y control por lo que contarán con la financiación de la asesoría que requieran a cargo de Down Química Colombia S.A. Segundo, se INSTA a que las deliberaciones respeten el Principio de Buena Fe y se orienten a lograr acuerdos que plasmen una adecuada ponderación, para evitar posturas adversariales y confrontaciones. Tercero, se ORDENA a Down Química Colombia S.A., para que profiera un comunicado en un término de cinco días, que será publicado en un diario de circulación local y leído delante de la comunidad pesquera de la zona, en donde se reconozcan las fallas humanas e institucionales que condujeron al derrame del larsban; también el perdón público por los daños ocasionados al ecosistema, la explicación sumaria del compuesto químico y sus impactos en el medio ambiente y el compromiso serio de no repetir conductas y errores que condujeron al siniestro. Cuarto, ORDENA al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, CARDIQUE y Alcaldía de Cartagena para que constituyan una comisión conjunta de expertos para que realicen una visita técnica a la planta de Down Química de Colombia S.A., en aras de verificar el área natural en la que se encuentra ubicada la fábrica, el estado físico de las instalaciones, el cumplimiento de los estándares de protección ambiental y los planes de contingencia y con base en la visita, rindan un informe técnico con sugerencias y correcciones, pudiéndose, incluso, ordenar el traslado de la fábrica. Quinto, EXHORTA a la sociedad civil cartagenera y a la academia para que se apropien de la protección de su entorno natural y para que participen activamente en la elaboración

	de los planes de manejo ambiental que permitan la recuperación, mitigación y prevención de futuros daños en la bahía de Cartagena. Y, sexto lugar, ORDENA compulsar copias de la acción popular al Consejo Superior de la Judicatura para que investigue la actuación del Juez Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, cuyo despacho demoró más de dos décadas para proferir el fallo de instancia. Esta es una medida judicial de seguimiento que busca la aplicación de sanción pública al funcionario y es catalogada como un instrumento moderado del activismo judicial que tiene como objetivo indagar sobre los motivos de la demora o dilación en la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales y colectivos de los ciudadanos cartageneros, esta es una medida de establecimiento de responsabilidades por el desastre ambiental ocurrido.
Medidas de seguimiento	Se ordena a la comisión de expertos entre el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, CARDIQUE y Alcaldía de Cartagena informar los resultados de las visitas técnicas al Juez y a la Administración con el fin de poder contar con la información de carácter técnico y diseñar los planes de restablecimiento. Y al mismo tiempo se les ordena a las autoridades ambientales regionales y distritales ejercer monitoreo y control a los planes descritos, para esto contarán con la financiación de la asesoría que requieran a cargo de Down Química Colombia S.A.

3.1.3.c *Opinión sobre el fallo*

El fallo analizado responde, indudablemente, a un actuar activista fuerte desde el reconocimiento del contenido derecho que realiza, tanto desde el derecho al ambiente, como en especial desde su instrumentación a través de la información, participación y concertación ambiental.

Las medidas implementadas, a pesar de que contienen algunas de menor consistencia ejecutiva –de tipo exhortativas–, son en general de contenido fuerte, al obligar a la Administración a dar un espacio participativo de trascendencia a la comunidad afectada.

Desde el punto de vista del seguimiento de la implementación estas son fuertes, pues involucran a la administración y a la empresa privada en busca de la solución, y tienen

como objetivo lograr que el fallo se cumpla por todos los actores involucrados en el desastre ambiental ocasionado en la bahía de Cartagena; en todo esto, el juez no se despega de la acciones de implementación, ya que requiere de un sistema de informes para el seguimiento de los resultados.

Por otra parte, no se puede evitar la referencia a que el actuar judicial en este caso forma parte del concepto de activismo defendido por Landau (2010), Pisarello (2000) y López (2004), quienes afirman que el activismo es la justa intervención del aparato de justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros órganos de poder, donde el juez es más garantista y audaz en la interpretación de la norma, convirtiéndose en un actor relevante de la realidad social material y no formal. Como se pudo observar, el derrame de larsban se presentó en 1989 y al 2015 no se había resuelto la acción popular de forma material, al buscar el restablecimiento y resarcimiento del daño ambiental generado y la prevención de futuros siniestros, es decir, una negación de justicia por parte de los operadores deónticos involucrados en este caso.

El juez, quien en este ocasión es la Corte Constitucional, reconoce, entre otras cosas, la necesidad del restablecimiento del daño ambiental, la importancia que tiene la prueba técnica para la cuantificación de este, la relevancia del seguimiento de las medidas de reparación y las acciones de prevención (en general la importancia que tienen los principios del derecho ambiental para la evitación del daño ambiental).

Ahora bien, en este caso se presenta un escenario de falta de delimitación de los campos propios de las políticas públicas sectoriales ya que, por ejemplo, se presentaron afectaciones concretas en lo social, económico y ambiental. Afirma Henao (2013) que puede existir una política pública social, una económica o una ambiental, con objetivos

diferentes –no necesariamente contradictorios– ante problemáticas concretas o situaciones sociales relevantes específicas. Es preciso reconocer que en muchos casos es difícil precisar el campo específico de acción del Estado y se cuestiona: ¿dónde empieza la política ambiental y dónde la agropecuaria? Asimismo, las consecuencias de la política pública pueden llegar a otros campos y causar situaciones problemáticas. La evaluación que hizo la Corte para formular e implementar un plan de restablecimiento del ecosistema se basó en análisis históricos de la condición ambiental de la bahía de Cartagena. Del mismo modo, estudió la política ambiental existente en el país, eminentemente correctiva, nada preventiva. Ante esta situación, la Corte evidenció un estado de cosas inconstitucional por la transgresión de los derechos de la población cartagenera y tomó una decisión de fondo.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	Este fallo representa la crisis ambiental que afronta el país, en este caso se evidencia la falta de planeación estratégica a la hora de ubicar importantes desarrollos empresariales cerca de ecosistemas estratégicos, como fue el caso objeto de estudio. La Corte fue más allá. De hecho, hizo una larga lista de fallas estatales que se convirtió en la vara con la que midió, posteriormente, la protección de los derechos colectivos de las comunidades y por esto es, sin duda, un fallo que contiene elementos importantes para la prevención del daño ambiental y en caso de presentarse criterios para reparar y resarcir daño ambiental puro y consecutivo, respectivamente. Los efectos de este fallo en la construcción de políticas públicas son altos, pues contienen unos criterios o elementos que deben ser observados por las ramas Ejecutiva y Legislativa a la hora de formular política pública enfocada en la prevención y preservación de los ecosistemas frágiles o estratégicos. Este fallo tiene unos efectos materiales de tipo indirecto, pues se forman coaliciones para influenciar en la cuestión y simbólicos directos, pues está comprobado que los problemas ambientales de la bahía de Cartagena son una violación de derechos e indirectos, pues se transforma la opinión pública en relación con la urgencia y gravedad del problema poniendo al descubierto la responsabilidad individual de la empresa al realizar el respectivo vertimiento.
--	--

Las tres sentencias de tutela emitidas a lo largo de este proceso forman parte del giro en el debate constitucional moderno que va hacia los estudios de impacto judicial y diseño institucional, que ha tenido dos puntos ciegos, por un lado una fructífera tradición internacional de estudios sociojurídicos que indaga empíricamente el impacto político, económico y social de las sentencias judiciales y, por otro, un debate, que forma parte de esta tesis que pretende indagar sobre la legitimidad, utilidad y funcionamiento del activismo de las Cortes en relación con los problemas sociales estructurales. En el caso del juez constitucional colombiano, de su actuación ha surgido un cambio en las condiciones sociales, que ha llevado a que se constituya en actor de las políticas públicas, pero, ¿por qué ha sucedido? La gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis (Sierra, 2009, 11). No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades (Henaó, 2013).

3.1.4 Sentencia de participación de las entidades territoriales en la política minera nacional (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos)

3.1.4.a Descripción del pleito

El presente caso resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 (parcial) de la Ley 685 de 2001 “Código de Minas” y el artículo 2 Decreto 0934 de 2013 “el cual reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001”.

La disposición demandada establece: “Artículo 37. PROHIBICIÓN LEGAL. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los

artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo”.

Afirma la demandante Zulma Tatiana Blanco Buitrago que estas disposiciones violan el orden constitucional, y hace dos acusaciones. La primera, gira en torno de la vulneración del principio de autonomía territorial, se presenta un choque de competencias que hace evidente entre la autoridad que radica en cabeza de la entidad nacional en este caso Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la soberanía que está determinada y es otorgada por la Constitución Política a las entidades territoriales y sus respectivas autoridades. La pregunta que surge ahora es cuál autoridad pesa más, la Constitución tiene carácter supranacional y es norma de normas (art. 4 CN) y esta debe primar sobre cualquier otra ley, decreto o acto administrativo, es por esto que no se puede pasar por encima de la competencia que se ha otorgado a los concejos y autoridades de las entidades territoriales más aún cuando está específicamente estipulado en la carta nacional (art. 313.7 art. 313.9 CN) y menos todavía por cuestiones político-económicas que van dirigidas a beneficiar a un interés contrario a la constitución eminentemente.

Y, la segunda, la presunta vulneración de los artículos 8, 79, 80 y 82 de la Constitución, por parte de las disposiciones demandadas, afirma la ciudadana que la conservación del medio ambiente es un derecho de rango constitucional que se tiene conexidad con el deber que tiene el Estado de garantizar la vida en condiciones dignas de los habitantes del territorio nacional, este deber del Estado ocupa un lugar trascendental y que una disposición minera de rango infra constitucional que “establece que ni los municipios ni los

departamentos pueden prohibir la actividad minera en sus tierras porque esa decisión solo compete a las autoridades ambientales y mineras, (...) quiere decir que por más que un municipio se oponga a la actividad minera, no podrá hacer nada para evitar que allí se entreguen títulos mineros”, afirma la ciudadana.

Los principios que están en tensión en esta providencia son el principio de organización territorial unitaria del Estado y el principio descentralización territorial, es decir, se refiere a un problema en la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales. Por un lado están las obligaciones del Estado para fijar parámetros generales en torno del territorio nacional y, por otro, las competencias de cada una de las entidades territoriales, basadas en la autogestión de los asuntos municipales.

El debate se centra en establecer si es válida la restricción legal del Código de Minas que les impone a las entidades territoriales en cuanto a la reglamentación de los usos del suelo en lo atinente a la posibilidad de excluir zonas de exploración y explotación minera, esta norma elimina la competencia de los concejos municipales y distritales para excluir zonas.

La tensión jurídica se centra en esta norma de la codificación minera, que entra en choque con disposiciones constitucionales que garantizan autonomía de las entidades territoriales en cuanto a la autogestión de sus asuntos y la competencia general de reglamentación de usos del suelo que reconoce la Carta Política.

En este fallo se pueden identificar tres problemas jurídicos relevantes, el primero, si ¿se vulnera la autonomía constitucional de las entidades territoriales con una disposición legal que prohíbe la reglamentación por parte de los concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de la realización de actividades de exploración y

explotación minera?, el segundo problema jurídico consiste, si ¿la prohibición legal resulta una limitación desproporcionada a la competencia regulatoria de los usos del suelo dentro del territorio del municipio, reconocida a los concejos municipales? Y, por último, si ¿la disposición legal demandada genera una vulneración a la garantía de protección del ambiente en los territorios municipales y distritales?

3.1.4.b Argumentación judicial

La Corte Constitucional en esta providencia esquematiza el fallo para resolver los tres problemas jurídicos identificados.

Respecto del primer problema jurídico, la Corte, como regla normativa, establece que la autonomía territorial es un principio constitucional consagrado en la Carta Política, tiene como núcleo esencial la garantía que las entidades territoriales puedan gestionar de forma autónoma sus intereses, para esto se gobiernan por autoridades propias, ejercen las competencias, administran sus recursos y establecen tributos para garantizar el cumplimiento de sus funciones y participarán en las rentas nacionales (Art. 228 C.N.).

La simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo, por parte de los municipios, no implica *per se* vulneración del principio de autonomía territorial. El legislador no cuenta con total libertad de configuración normativa, pues son las propias disposiciones constitucionales las que fijan límites competenciales, es decir, la ley no puede desconocer las competencias que tienen las autoridades municipales, se debe realizar una armonización en los distintos niveles competenciales.

En este mismo sentido, se deben hacer unas consideraciones del impacto de las actividades mineras en las comunidades, la imposibilidad de excluir zonas de esta

actividad económica priva a las autoridades municipales de tomar decisiones de gran impacto para la comunidad, esta limitación no es irrelevante para la competencia en reglamentación de los suelos. Esta actividad genera un aumento en la demanda de servicios, obliga a precaver necesidades de nuevos habitantes del municipio; también se afecta la economía pecuaria o agrícola, pues esta es desplazada por la actividad minera, situación que podría afectar la seguridad alimentaria del municipio.

No cabe duda del impacto de esta actividad en la función de ordenación del territorio y en la reglamentación de los usos del suelo, por tanto, resulta una vulneración a la autonomía de los entes territoriales excluir de forma absoluta la participación de los municipios en la toma de una decisión si se realiza o no minería en sus territorios. Esta conclusión se desprende de la lectura de la disposición demandada y el principio de autonomía de las entidades territoriales.

Ahora bien, como el choque argumentativo se presenta con dos principios constitucionales, la lectura de la disposición demandada varió y es necesario acudir a una interpretación sistemática en la que el principio de organización unitaria del Estado (Art. 1 C.N.) juega un papel determinante por cuanto la política minera es concreción de las políticas a desarrollar en virtud del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

Consideró la Corte que la disposición demandada debe ser analizada con los lentes de los dos principios en tensión, dejando una lectura gramatical y acudiendo a la hermenéutica sistemática, el artículo 37 del Código de Minas privilegia la organización unitaria del Estado; por tanto, es ajustada a la Carta Política la disposición demandada condicionada a que se garantice un grado de participación razonable de municipios y distritos en la toma de decisiones respecto de sus territorios para la exploración

y explotación minera. La participación deberá ser activa y eficaz, además, ser valorada por los actores implicados en la toma de decisiones sobre los aspectos axiales a la vida del municipio como salubridad, recurso hídrico, desarrollo económico, social y cultural. Para esto, utiliza la figura de sentencia integradora aditiva y establece que las autoridades del orden nacional con las entidades territoriales deberán concertar un grupo de medidas para proteger el ambiente sano, cuencas hídricas y el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades.

Respecto del segundo problema jurídico, la Corte estableció la función de ordenamiento territorial y la reglamentación del uso del suelo a los concejos municipales y distritales, en donde se debe buscar, por parte de estas corporaciones administrativas, definir de manera democrática y participativa el uso y desarrollo del territorio de acuerdo con unos parámetros de índole demográfico, urbanístico, rural, ecológico y biofísico, en donde surgen tensiones entre los principios y elementos de una ciudad en su territorio urbano y rural, los que se deberán ponderar y resolver equitativamente.

El instrumento, por excelencia, por el que se ordena el territorio en los municipios y distritos es el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) en el que se toman todas las medidas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y uso del suelo. Asimismo están los Planes Parciales mediante los cuales se complementan los anteriores en el componente urbano y aquellos que se deban desarrollar por medio de unidades de actuación urbanística.

La disposición demandada, a juicio de la Corte, sí representa una afectación de la facultad regulatoria del uso del suelo de los concejos, esta como garantía de la autonomía territorial de los municipios y departamentos, pero de igual forma el principio de estado unitario del Estado fija

unas competencias sólidas a cargo de la nación; por tanto, se debe entender que esta disposición está ajustada a la Constitución Política bajo la interpretación de que estos órganos deberán participar de forma activa y determinante al momento de formular la política minera del país cuando estén involucradas sus regiones.

Y frente al último problema jurídico se establece como regla que el concepto de medio ambiente fijado en la Constitución Ecológica (conjunto de disposiciones constitucionales que establecen una serie de principios, derechos y reglas para el uso sostenible de los recursos naturales) es complejo, pues en este se involucran varios aspectos esenciales que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos.

El medio ambiente está consagrado en el orden constitucional como un principio y un derecho, que le impone una serie de obligaciones al Estado, pero la protección y promoción del ambiente puede ser considerado como un bien absoluto, cuando este entre en choque deberá ser interpretado en conjunto con otros principios del ordenamiento jurídico constitucional; el concepto que desarrolla de forma efectiva este equilibrio es el desarrollo sostenible.

La Corte hace un recorrido de diferentes disposiciones que protegen el medio ambiente, iniciando por la ley marco de medio ambiente en Colombia, Ley 99 de 1993 donde se fijan una serie de instituciones y competencias del sector Ambiente y Desarrollo Sostenible. En armonía con esta ley, el Código de Minas previó la posibilidad que determinadas zonas del territorio fuesen excluidas de explotación minera (Arts. 34 y 35 Código de Minas), evidencian que el legislador tuvo en cuenta la preservación del medio ambiente al momento de fijar las condiciones y restricciones en áreas estratégicas.

Y la decisión que adopta es la exequibilidad condicionada o sentencia aditiva donde, como se puede observar, en el

siguiente cuadro pareciera con algún nivel de activismo, especialmente en el reconocimiento del derecho:

Reconocimiento del derecho	En este caso la Corte Constitucional reconoce el derecho al medio ambiente de forma fuerte, pues reconoce que es un derecho complejo en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se encuentra la flora y la fauna en el territorio nacional, y este tiene un efecto transversal en el sistema constitucional, es decir, reconoce que todo el entorno es el medio ambiente y las obligaciones que tiene el Estado colombiano de propiciar en el caso en concreto concertación para que la política minera del país no afecte este importante derecho a gozar de un ambiente sano y la autonomía que tienen las entidades territoriales.
Medidas de implementación	Los remedios o medidas de implementación resultan débiles, y son mandatos dirigidos a la administración, que buscan unos procedimientos específicos y un resultado en concreto, que es la concertación de la política minera con las entidades territoriales para garantizar que los intereses como el ambiente sano estén salvaguardados, de modo que la Corte no dispuso de la Política Pública sino que les ordena a los responsables a concertar los elementos propios de esta. Por esto, la Corte Constitucional utiliza la figura propia del control de constitucionalidad, que es la exequibilidad condicionada, en el entendido que se realice un acuerdo entre las autoridades competentes del sector nacional y las autoridades territoriales concernidas para la realización de actividades de exploración y explotación, quienes deberán diseñar las medidas necesarias para la protección del medio ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados en el artículo 288 de la Constitución Nacional.
Medidas de seguimiento	Las medidas de seguimiento son débiles, en este caso en concreto no son expresas para ninguna autoridad; se podría extraer del fallo que la Corte busca que el seguimiento lo hagan las propias entidades territoriales quienes deberán exigir su participación en la formulación de la política minera del país, pues es una decisión muy importante para los territorios y para el desarrollo económico, social y ambiental, por tanto, este elemento queda en manos de las entidades territoriales, presentándose como una medida de seguimiento moderada o débil.

3.1.4.c *Opinión sobre el fallo*

La sentencia es un claro ejemplo del activismo judicial moderado de las Cortes, que se limita a un reconocimiento de derecho fuerte, aunque con medidas de implementación débiles o a lo sumo moderadas (donde el juez reconoce la atribución de los otros poderes e insta que la ejerzan), y medidas de seguimiento débiles.

Sumado a esto, en este caso se toma una decisión que se podría considerar como no acertada, ya que condiciona la constitucionalidad de la disposición con unos cuestionamientos censurables, pues exhorta a que el proceso de planeación minera se haga concertado con las entidades territoriales y fija unos aspectos esenciales en los que estas pueden intervenir, pero conduce a un escenario de inseguridad jurídica para los inversionistas mineros en el país, porque estos tendrán que adelantar todos los trámites administrativos ante la autoridad minera y ante la autoridad ambiental y además deberán permitir la participación de los entes territoriales de forma eficaz. En consecuencia, es una decisión que interfiere el poder de intervención de otros poderes del Estado en la economía, y que pone en tela de juicio la seguridad jurídica de los títulos mineros, que es una limitación a la libertad de empresa.

Este fallo despertó múltiples disensos en el interior de la Corte Constitucional por el impacto que generaba la exequibilidad condicionada, lo que se puede apreciar por un lado en aclaraciones de voto¹¹ y, por otro, en salvamentos de

11 En este fallo se presentan disidencias de los magistrados que tomaron la decisión, un primer grupo, aclaraciones de voto, el primero formulado por la conjuez Ligia López Díaz, quien consideró que la exequibilidad debió declararse de forma simple y llanamente, sin necesidad del condicionamiento que se le dio a esta disposición, considera que existen disposiciones

voto¹²; este fallo es el primero en presentar un escenario de minería concertada con las entidades territoriales, a pesar de que para algunos la alta conflictividad social del país no genera escenarios para el diálogo y la concertación minera.

La norma acusada concreta en una sola voz la autorización de actividades mineras, es decir, concentra las competencias de ordenamiento del territorio y al mismo tiempo desconoce los límites sustantivos al priorizar la actividad

constitucionales que hacen inviable materializar el condicionamiento del mismo, por lo que la aclaración únicamente resulta pedagógica. No se puede confundir “soberanía” con la “autonomía territorial”. Afirma que Colombia por disposición del constituyente de 1991 se organizó como República Unitaria, por tanto, en materia económica el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía y está facultado para intervenir en la explotación de los recursos naturales, como propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables. Por consiguiente, se debe hacer prevalecer la política nacional, que es concertada con todos los actores territoriales en el momento en que se formula el Plan Nacional de Desarrollo. Y el segundo, formulado en conjunto por los magistrados Jorge Iván Palacios y Alberto Ríos, consideran que la decisión fue acertada, pero la Corte debe ir construyendo unas herramientas metodológicas para el abordaje de controversias constitucionales sobre el ordenamiento territorial. Para esto sugieren el uso del criterio de interpretación histórico, que tiene dos concepciones: una estática y otra dinámica, para el caso objeto de análisis se requiere la última concepción. El debate constitucional si es posible despojar a los Concejos de limitar las actividades mineras en los territorios, es una controversia que hunde sus raíces en el más profundo de la historia constitucional colombiana. La conclusión es que el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 se funda en una concepción centralista decimonónica, que mira a las regiones como una suerte de incapaces para tomar decisiones en esta materia.

- 12 Y un segundo grupo, salvamentos de voto de los magistrados María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas, quienes no comparten la decisión tomada por la Corte, pues consideran que la disposición constitucional es manifiestamente inconstitucional, pues vulnera de forma directa la participación que compete a las entidades territoriales, la autonomía de las mismas, las competencias para regular usos del suelo y expedir normas orientadas a la defensa del patrimonio ecológico. La decisión mayoritaria de la Corte no logró recomponer de manera adecuada el balance entre el principio unitario del Estado y los demás principios constitucionales, establece un mandato claro de concertación en las decisiones relativas a proyectos mineros, pero no fija los criterios que debe orientar el diálogo de las autoridades nacionales y regionales.

minera sobre finalidades constitucionalmente imperiosas como es la conservación del medio ambiente y los recursos hídricos. En conclusión, la declaratoria de exequibilidad condicionada matizó los efectos de la prohibición, pero no subsana la inconstitucionalidad.

Ahora bien, el impacto de este fallo en las políticas ambientales en Colombia y su permanencia en el tiempo, específicamente, en los temas atinentes a la participación ciudadana en tópicos mineros, es relativo, pues el país afronta una crisis de esta, donde se ha olvidado que el principio de participación ciudadana no aparece mágicamente en un régimen democrático, siendo el Estado el que debe construir las condiciones que permitan efectivizarla. En este sentido, todo sistema político necesita cuatro requisitos para lograr consolidar la participación, a saber: 1. El respeto de las garantías individuales. 2. Los canales institucionales y marcos jurídicos. 3. La información. 4. La confianza por parte de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas¹³.

13 Pasando al ámbito colombiano resulta pertinente recordar las causas que dieron origen a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, una expresión del principio de participación ciudadana, esta fue el resultado del movimiento estudiantil de la séptima papeleta (Quintero, 2002). El fin de la década de los años 80, y el inicio de los 90, son quizás uno de los periodos más convulsionados en la historia de Colombia, pues hechos como el magnicidio de Luis Carlos Galán y del ministro Lara Bonilla, el recrudecimiento de la violencia por cuenta del narcotráfico, la toma del palacio de Justicia, entre otros, llevaron a que el gobierno decretara el estado de sitio por varios años (Bushnell, 2007). Todas estas situaciones que afectaban el goce pacífico de los derechos de los asociados llevaron a que este movimiento estudiantil promoviera una Asamblea Nacional Constituyente, que lograron depositando cerca de dos millones de papeletas en las elecciones que se realizarían el 11 de marzo de 1990, respecto de la magnitud se ha llegado a afirmar que: “[...] La Constitución de 1991 fue el punto de llegada de uno de los procesos participativos de mayor dimensión que ha vivido Colombia en muchas décadas, fue también el inicio de un esfuerzo democratizador que ha enfrentado grandes obstáculos creados por quienes han visto con nostalgia que los esquemas de funcionamiento del poder público hoy responden a

Sin duda, hoy se discute sobre las formas de participación democrática en temas mineros, como el analizado en este fallo, por esto, es necesario partir de la clasificación que realiza Lemaitre (2016), la cual resulta muy útil y constructiva en la esfera colombiana, esta se resume en el cuadro 9.

CUADRO 9. TRES CONCEPTOS DE PARTICIPACIÓN

	Participación como derecho	Participación como gobernanza	Participación como poder para los excluidos
Origen	Tradición colonial e ideología liberal	Procesos neoliberales de gobernanza e ideas de buen gobierno	Pedagogía de los oprimidos, teología de la liberación, investigación-acción participativa
Características	Derecho humano ligado a la ciudadanía y a la dignidad humana. Bien social en sí mismo	Herramientas de gestión administrativa. Buena forma de gobernar	Busca la emancipación social por medio de la adquisición de conciencia política, poder y recursos para los grupos excluidos
Beneficios	-Inclusión política. -Justicia. -Autogobierno	-Información para instancias de decisión. -Legitimidad para el gobierno. -Transparencia y rendición de cuentas. -Eficiencia	-Espacios igualitarios. -Transformación social. -Empoderamiento

Fuente: (Lemaitre, 2016). Elaboración: Propia

parámetros más pluralistas si la noción del constitucionalismo se confunde con la limitación en el ejercicio del poder aquello que se logró gracias a un esfuerzo iniciado en las aulas de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario es uno de los grandes hitos de la historia constitucional de nuestro país. El movimiento estudiantil de comienzos de los años noventa que impulsó la séptima papeleta cubre toda una generación que luchó por encontrar respuestas distintas a lo propuesto por generaciones anteriores. Sin embargo, el proyecto generacional que tuvo como principal logro la Constitución...” (Torres, 2009).

La idea de estos conceptos es converger a un punto, no excluirse entre sí, por el contrario, complementarse, y tienen la posibilidad de enriquecerse y conformar círculos virtuosos; además la visión como derecho le impone al Congreso de la Republica una tarea de materializar los mandatos de coordinación y participación de las entidades territoriales en la construcción de la política minera del país.

La jurisprudencia constitucional indica que el ejercicio de la imaginación institucional para crear nuevas formas de participación directa cabe dentro de la expansión del principio de participación en la actividad minera, siendo una deuda histórica con las entidades territoriales escuchar sus posiciones frente a la conveniencia o inconveniencia, oportunidad y condiciones para el desarrollo de un proyecto minero.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El fallo analizado evidencia la falta de articulación de la industria minera y la protección ambiental, y los efectos de esta decisión sobre las políticas públicas son fuertes, porque impone su desarrollo concertado al reconocer fuertemente el derecho al ambiente, impone la necesidad de una política que deben determinar la administración minera y ambiental, ejercer control y seguimiento a la actividad extractiva. Primero tiene un efecto material de índole directo, pues da el insumo fundamental para el diseño de una política pública que permita hacer compatible la protección ambiental con la explotación de recursos naturales y de índole indirecto, como se explicó en el marco conceptual de este trabajo, son aquellos que generan un impacto a la colectividad, en este caso, impactos de índole positivo, como la reactivación de la democracia participativa y la aplicación directa de la Carta Política. Y segundo, genera un efecto simbólico directo e indirecto, que se resume en la transformación de la opinión pública en relación con la urgencia, la gravedad y la necesidad de afrontar la minería responsable con la preservación ambiental y el desarrollo regional y local de las entidades territoriales.
--	--

3.1.5 Sentencia de los Proyectos de Interés Nacional-PINES (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.)

3.1.5.a Descripción del pleito

Un grupo de ciudadanos¹⁴ interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley 1753 de 2015 mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, dentro de las que se destacan el artículo 108 y artículos 20, 49, 50 (parcial), 51, 52 (parcial) y el párrafo primero del artículo 173 de la mencionada Ley¹⁵.

En su mayoría problemáticas atinentes a la compatibilidad entre proyectos mineros, infraestructura y en general de alto impacto con la protección ambiental de áreas y zonas consideradas estratégicas por los servicios ambientales que prestan y prestarán a las futuras generaciones. El problema jurídico identificado en esta providencia se centra en si ¿el restablecimiento de los fundamentos jurídicos con base en los cuales la Administración otorgó licencias ambientales y/o contratos de concesión para preservar los derechos adquiridos, justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades

14 Grupo de ciudadanos integrado por Alberto Castilla Salazar, Alirio Uribe Muñoz, Iván Cepeda Castro, Víctor Javier Correa Vélez, entre otros.

15 Debido a la complejidad y cantidad de disposiciones acusadas, la Corte Constitucional divide el análisis en tres secciones, en la primera se incluyen los argumentos de inconstitucionalidad relacionados con la creación y ampliación de áreas de reserva estratégica minera, en la segunda se analizan los argumentos relacionados con el Sistema de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINES) y el tercero, relativo a las actividades extractivas en ecosistemas de páramo. Para efectos de esta tesis solo se analizará la relacionada con la última sección la relativa a las actividades extractivas en ecosistemas de páramo.

mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo a sus titulares?

3.1.5.b Argumentación judicial

Ahora bien, al revisar el texto de la sentencia citada se puede observar que en esta se razonó respecto de la tensión entre el derecho a la libertad económica y de empresa y los derechos a gozar de un ambiente sano y al agua. Todos estos derechos, en abstracto, tienen el mismo valor, toda vez que cuentan con el amparo del ordenamiento constitucional y, como todo derecho, no revisten el carácter de absolutos. En esta oportunidad, se resolvió la pugna señalada mediante el reconocimiento de prevalencia de los segundos sobre el primero. En consecuencia, el interrogante lógico que surge gira alrededor de los motivos de la preeminencia nombrada que tal y como se dijo, son el objeto central del presente escrito.

En este orden de ideas, las disertaciones de la Corte se pueden resumir en dos aspectos clave: 1. El valor estratégico de las zonas de páramo y su marcada vulnerabilidad; 2. La falta de protección efectiva de estas zonas, por parte del ordenamiento jurídico. El primero hace alusión a las características naturales de los páramos. Estos le prestan diversos servicios ambientales a la humanidad, de los que el Juez Constitucional hizo hincapié en dos. Por un lado, el papel regulador del ciclo hídrico, en la medida en que retienen y proveen agua potable de alta calidad y fácil distribución a más del 70% de los colombianos. Mientras que por el otro, el papel de sumidero de carbono, esto es, que almacenan y capturan carbono de la atmósfera, ayudando a mitigar el cambio climático global. Aunado a estos servicios, se resaltó que los páramos son ecosistemas vulnerables y frágiles, pues tienen una capacidad de recuperación demasiado lenta,

tanto así, que se ha estimado que los daños producidos en estos, prácticamente son irreversibles.

El segundo se refiere a que si bien el numeral 4 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993 estipula que los páramos son objeto de protección especial, esta es meramente formal, pues esta previsión no los convierte en una de las categorías de las áreas protegidas, pero, sobre todo, porque al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (en adelante MADS) se le asignó la obligación de delimitar las áreas de páramo, tarea en la que se puede valer del área de referencia establecida en la cartografía del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (en adelante IIRBAH) o no; es decir, el ministerio referenciado no está en el deber de acatar los estudios técnicos y científicos del instituto precitado, con lo que se le reconoce un margen de discrecionalidad amplio que se puede tornar arbitrario, en la medida en que la ley tampoco definió los parámetros vinculantes para que cumpla la misión en comento. Entonces, como consecuencia de esta vasta libertad se tiene que cualquier persona podría realizar actividades de minería e hidrocarburos en páramos, si se tiene en cuenta que al no haber sido delimitados formalmente no son áreas de páramo, aspecto que implicaría que no poseen la protección especial que pregona el orden jurídico. Ahora, en virtud de este punto y con el ánimo de proteger los ecosistemas de páramo, se determinó que cada vez que la cartera ministerial del ambiente decida apartarse del área de referencia proferida por el IIRBAH, debe fundamentar de manera explícita su decisión con base en criterios técnicos y científicos.

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho en este caso es fuerte, en cuanto parte de la necesidad de proteger constitucionalmente los ecosistemas de páramo debido a su fragilidad y a la ausencia de protección jurídica en que se encuentran, y por esto se toma la decisión de declarar la inconstitucionalidad de los
----------------------------	---

	incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015. El enfoque del derecho parte de la necesidad que impone el déficit de protección que tienen estos importantes ecosistemas en el territorio nacional para la provisión de servicios ecosistémicos, y con esto reconoce un núcleo mínimo esencial que se debe tutelar frente a la voluntad del legislador y la actuación de la Administración.
Medidas de implementación	Desde el punto de vista de la implementación, el activismo es fuerte, ya que se dispone una medida protectoria que suple las falencias legales y omisiones administrativas. Sin embargo, aunque el Tribunal Constitucional establece como medida de implementación del fallo un mecanismo para garantizar la protección de los ecosistemas de páramo, este mecanismo debe preservar también la autonomía del Ministerio de Ambiente para apartarse de las áreas de referencia del IAVH. Sin embargo, esta decisión no puede obedecer al arbitrio del funcionario que lleva a cabo esta función, como quiera que como todas las autoridades administrativas, las decisiones discrecionales no se pueden confundir con las decisiones arbitrarias, así que todas aquellas determinaciones que preservan márgenes amplios de valoración administrativa, de todas maneras se deben soportar o apoyar en criterios razonables y proporcionados explícitamente señalados. Así las cosas, la Sala concluye que el Ministerio de Ambiente debe motivar su decisión de apartarse de las áreas de referencia respectivas con los criterios autorizados en la ley para definir las áreas y, en todo caso, con aspectos técnicos ambientales. Ahora bien, con todo, como se sostuvo anteriormente, existen múltiples posturas científicas en torno de los criterios para la identificación y delimitación de los páramos, y esto representa una dificultad de orden práctico. Sin embargo, sin negar la importancia que representa esta dificultad para la comunidad científica, desde el punto de vista constitucional, el Ministerio de Ambiente debe preferir siempre el criterio de delimitación que provea el mayor grado de protección del ecosistema de páramo, pues de esto depende la eficacia de un derecho fundamental y, en particular, las garantías de calidad, continuidad y acceso al agua. Finalmente, establece la Corte la obligación especial de revisión, seguimiento y control de las licencias ambientales que hubieran sido otorgadas antes de la entrada en vigencia de la prohibición prevista por el artículo y cuyo cumplimiento estaría a cargo –siempre aplicando las directrices del Ministerio de Ambiente y Desarrollo– de diferentes autoridades.

Medidas de seguimiento	No se prevén medidas de seguimiento al fallo. Por tanto, en este elemento de control, supervisión y nuevas directrices el activismo es ausente, pues el juez constitucional consideró que el reconocimiento del derecho y las medidas de implementación adoptadas son suficientes para resolver el problema jurídico planteado.
------------------------	---

3.1.5.c *Opinión del fallo*

El fallo analizado es un indicio de los problemas estructurales que afrontan los sectores minero y ambiental, y cómo ante estos se genera un activismo judicial que se configura con un perfil fuerte, que busca suplir las falencias de los otros poderes públicos. La decisión de inexequibilidad adoptada ha enfrentado muchas críticas por parte de los dogmáticos y académicos e incluso por magistrados de la misma Corte; habiéndose afirmado que el fallo desconoce las exigencias que se desprenden de los principios de interpretación de la Constitución acogidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y restringe seriamente el principio democrático al despojar al Congreso de la posibilidad de expedir normas que armonicen diferentes intereses constitucionales, como la protección ambiental de los ecosistemas de páramo y la actividad económica derivada de la industria minera.

Pareciera que existió un error en la formulación del problema jurídico, pues no se trata de confrontar la Constitución Ecológica con el respeto de las expectativas o derechos de los titulares de permisos o licencias, dado que es indiscutible la importancia de los páramos y el deber estatal de protegerlos. La discusión jurídica se debió centrar en determinar si es constitucionalmente posible que el Congreso de la República, por la vía de la Ley del Plan, armonice temporalmente estos intereses constitucionales.

Este tipo de fallos tienen un impacto considerable en las políticas públicas, no solo ambientales sino en las políticas

de la industria extractiva, como la energética, minera, petrolera; pues las determinaciones fuertes y drásticas de la Corte frente a la protección ambiental pueden poner en incertidumbre la operación de este tipo de proyectos. Sumado a esto, los análisis de la política ambiental colombiana son jóvenes y fragmentados por abordajes desde disciplinas individuales. Conviene desarrollar el análisis de la política ambiental más allá de la evaluación de la gestión del gobierno y entenderla como fenómeno político, enfocándose en categorías de análisis como las ideas, los intereses y las instituciones, categorías que recurrentemente se encuentran en los marcos analíticos revisados, pero infortunadamente abordados de forma independiente, lo que reduce la integralidad reclamada por múltiples expertos en políticas públicas.

Este caso sobre minería en páramos, en cierta forma, representa lo que es el medio ambiente para el sector empresarial en el mundo: este es considerado como el entorno en el que se ejerce la actividad de la empresa, presentando así la condición de ingrediente sustancial para la consecución de los fines, y por esto resulta necesario articular los dos bienes constitucionales y lograr el desarrollo sostenible. Por tanto, con este tipo de fallos se les impone al intérprete y operador una actitud más heterodoxa, beligerante, que dé lugar a un entendimiento de las normas en clave de sostenibilidad, basada en la aplicación seria y decidida de los valores constitucionales y de otras fuentes de conocimiento, tecnológicas y estadísticas.

Este fallo es el desarrollo del reconocimiento al medio ambiente como un bien jurídicamente protegido en el ordenamiento jurídico internacional y nacional y de una

interpretación del efecto útil ecológico¹⁶, es una decisión que tiene una connotada relevancia para la libertad de empresa –y específicamente para el sector minero–, pues va a limitar el entorno para el desarrollo de esta actividad económica. Pero al mismo tiempo está íntimamente relacionada con las libertades económicas y con el medio ambiente, ya que son estos los derechos y bienes jurídicos que se encuentran en una tensión que se pretende resolver en esta providencia, concluyendo que estos dos derechos no son antagónicos sino, por el contrario, se complementan y logran un equilibrio a través del desarrollo sostenible que permite no solo un desarrollo económico sino también un aprovechamiento adecuado y la conservación de los recursos naturales como bienes esenciales que constituyen la materia prima para la realización de actividades económicas, como lo es en el presente caso la actividad minera.

Por otro lado, la intervención del Estado se observa cuando mediante mecanismos, como el estudio de impacto ambiental, vigila, hace seguimiento, e impone límites a la actividad minera que dependen de la incidencia ambiental que esta genere o, de manera más radical –como ocurrió en este caso– prohíbe las actividades mineras; esto, con el propósito de proteger y conservar la integridad del ambiente y la biodiversidad, atendiendo al deber constitucional asignado o impuesto al Estado y a los particulares.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	Este fallo tiene unos efectos importantes en el diseño de eventuales políticas públicas, pues desarrolla unos elementos básicos que deberán ser observados por parte de las ramas del Poder Público a la hora de diseñar las políticas mineras, energéticas o de hidrocarburos en el país.
--	--

16 También conocido como el “Principio de Interpretación más amigo del medio ambiente” (Gómez, 1995).

	El activismo fuerte de la Corte Constitucional en estos tópicos es reiterado en el tiempo los últimos años, la que ha desarrollado una postura fuerte y crítica frente a estas actividades económicas que generan un impacto considerable al medio ambiente. Por un lado, están los impactos materiales del fallo, directos, con los que se están generando insumos para la construcción de políticas públicas, los cuales “prohíben” la minería en páramos y se ordena como política pública la delimitación de páramos con suficiencia científica; y, por otro, los impactos indirectos, dentro de los cuales la colectividad percibe que este tipo de fallos contribuyen a la solución de los problemas ambientales del país. Y también van a generar unos impactos simbólicos, que se materializan en sí con la formación de coaliciones de defensa frente a este fallo.
--	---

3.1.6 Sentencia Territorio, Minería y Medio Ambiente (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 2016. M.P.: María Victoria Calle)

3.1.6.a. Descripción del pleito

Dos ciudadanos instauran acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270 al 277 y 289 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), dentro de los que destacan disposiciones muy importantes para la industria minera como la validez de la propuesta, leyes de contratación estatal, zonas mineras indígenas, derechos de prelación de grupos indígenas, títulos de terceros, presentación de la propuesta, requisitos de la propuesta, manejo ambiental, entre otros. Estas disposiciones son acusadas por violar flagrantemente la Carta Política, por varias razones, que se esgrimen a continuación: ausencia de la selección objetiva de la suscripción de las concesiones mineras y consecuente ineficiencia en el manejo de los recursos públicos de la nación, también por el desconocimiento al derecho fundamental a la participación de grupos afectados por proyectos de aprovechamiento de recursos naturales no

renovables, por desconocimiento de los derechos de las generaciones futuras a contar con un ambiente sano y una calidad de vida digna, ausencia de planificación del aprovechamiento de los minerales y por el desconocimiento de los tres atributos de los resguardos indígenas, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

La minería se ubica en el centro del debate político y de las preocupaciones jurídicas, sociales, ambientales y económicas de la nación. Esta actividad económica ha generado la contaminación de las fuentes de agua y suelos, el aumento del nivel del mar, la disminución de las precipitaciones y la aparición de sequías, la afectación a la biodiversidad o la extinción de especies que forman parte de la riqueza natural de la nación y al mismo tiempo representa un sector de crecimiento económico en el corto y el mediano plazos.

En este fallo nos centraremos en realizar un análisis al choque o a la tensión de derechos entre la actividad minera, la participación de las entidades territoriales en esta y la Constitución Ecológica, el desarrollo sostenible y derecho de las generaciones futuras.

3.1.6.b. Argumentación judicial

La Corte Constitucional realiza varias consideraciones al respecto; primero que todo analiza el binomio minería y participación ciudadana partiendo de los elementos estructurales del orden constitucional del 91, además considera que la participación debe ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción íntegra y articuladora de los partícipes de las dinámicas sociales. La Corte, en este sentido, ha construido una línea jurisprudencial muy importante sobre participación ciudadana en materia ambiental, con fuerte incidencia en la determinación e implementación de las políticas públicas, destacándose, entre otras, las

Sentencias T-348 de 2012, T-294 de 2014, T-766 de 2015, junto a otro grupo de fallos en los que se ha realizado el análisis constitucional del tema, como las Sentencias C- 339 de 2012, C- 123 de 2014, C- 619 de 2015, C- 035 de 2016, C- 221 de 2016 y C- 298 de 2016.

Este cuerpo jurisprudencial ha defendido con vehemencia la necesidad de articular el uso, la explotación y el aprovechamiento del subsuelo con la participación de las entidades territoriales en desarrollo de los principios de concurrencia, subsidiaridad y coordinación. La Corte reconoce la necesidad de materializar el principio de planeación en el manejo de los recursos naturales para lograr un equilibrio entre los intereses ambientales y económicos de la minería y el vehículo para lograrlo es una instancia de representación real, efectiva, libre e informada, previa a la concesión del título minero. Asimismo, la Corte reconoce la potestad de configuración del legislador en el ámbito de explotación de los recursos naturales, pero establece que esta tiene unos límites; por tanto, la decisión es la declaratoria de exequibilidad condicionada con los elementos que consideraremos en el siguiente cuadro, en función del análisis del perfil activista existente en el actuar del Tribunal:

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho es fuerte, pues fija una concepción de núcleo mínimo con respecto del contenido del derecho y tiene la particularidad de exigir a la rama Ejecutiva o Legislativa el goce pacífico mínimo de derechos y generar un estado de tranquilidad o bienestar a los asociados. En este caso, la Corte valida un grupo de disposiciones del Código de Minas bajo la tipología de exequibilidad condicionada con el objetivo de mitigar ese déficit de protección, aclarando, sin embargo, que este requiere de una decisión legislativa integral, comprensiva y adecuada. No solo resulta activista en materia de participación de las entidades territoriales sino en la salvaguarda de los derechos de sujetos de especial protección constitucional. Estos criterios deberán ser respetados en el foro democrático, como el respeto por la minería de subsistencia, la pequeña minería, la minería artesanal y la minería informal.
----------------------------	---

Medidas de implementación	En este caso, el Juez Constitucional establece como medidas de implementación o remedios para el problema estructural, dos soluciones de carácter fuerte, pues tienen un alto grado de obligatoriedad y perentoriedad. Se trata de mandatos dirigidos a la administración, que están orientados hacia un resultado; estas medidas se refieren a que la autoridad ambiental deberá verificar los mínimos de idoneidad laboral y ambiental antes de entregar un título minero, teniendo en cuenta dos situaciones, la naturaleza de la concesión solicitada y los distintos tipos de minería; además, deberá establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana de las entidades territoriales para el desarrollo de proyectos mineros en sus respectivas regiones. En este caso el poder judicial respeta la discrecionalidad de la administración, pues ordena verificar unos mínimos de tipo laboral y ambiental y la construcción de un procedimiento idóneo y eficaz que garantice la participación ciudadana.
Medidas de seguimiento	Como medida de seguimiento adoptada en este fallo se puede identificar la relacionada con la orden que les da la Corte Constitucional a autoridades administrativas mineras para que ejerzan el control y el seguimiento al fallo; este tipo de medidas es clasificada por la doctrina como débil, teniendo en cuenta que el seguimiento es considerado como un elemento central de un fallo activista.

3.1.6.c. *Opinión del fallo*

El fallo analizado expone la ausencia de las necesarias sinergias institucionales entre las autoridades del orden nacional con las del orden territorial, a pesar que desde la Constitución de 1991 se haya democratizado el ejercicio del poder en las regiones, aumentado las responsabilidades y entregado la autonomía fiscal a las entidades territoriales.

Sin duda, la descentralización territorial es, en gran parte, la esencia de nuestra Carta Magna, pero en la praxis y en la ley escrita, ocurre lo contrario: el Estado centralista, llámese nación o nivel central, sigue marcando los derroteros para la explotación de los recursos naturales. En cambio, este fallo se presenta con un enfoque antitético, ya que tiene como objetivo buscar la participación de los municipios en la construcción de la política minera del país, siendo esto

un reconocimiento a la autonomía territorial que ratifica la tesis de que el territorio siempre es el campo de batalla de las competencias administrativas.

Lo criticable del fallo es que padece de vaguedad y ambigüedad en algunos de sus considerandos, lo que ha generado un riesgo económico alto para la industria minera del país por las situaciones de incertidumbre jurídica a las que da lugar.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El fallo analizado defiende un modelo de justicia distributiva, es decir, moderna y democrática, donde se evidencia una misión que es encomendada a los jueces como es hacer efectivos los derechos fundamentales y colectivos de los asociados. Son reiterados los fallos de este tipo, pues la Corte ha dejado atrás su papel Kafkiano, exégeta y legalista para asumir un papel garante, eficaz y dinámico frente a las necesidades de las comunidades, como en este caso de los municipios frente a la política extractiva del Estado central, asumiendo un renovado papel en el que incide en la planificación social. Como efecto directo, el fallo tendrá un impacto en la construcción de las políticas públicas de la nación, en cuanto esta tarea requiere observar la teoría constitucional compuesta por reglas jurídicas que buscan garantizar la permanencia de los valores axiológicos de la Carta Política, como en este caso, los valores colectivos –como son la preservación de un ambiente sano, la salubridad pública y la moralidad administrativa–. Respecto de los efectos indirectos, se destacan la transformación de la opinión pública frente a estos tópicos, lo que ha llevado a que se formen coaliciones de activistas y opositores a este tipo de fallos, como efecto de la democracia deliberativa.
--	---

CAPÍTULO CUARTO
ANÁLISIS DE CASOS EN EL DERECHO
JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE
ESTADO DE COLOMBIA

“La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.

Ulpiano, Digesto 1, 1, 10, 2.2.1

4.1 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES CONFLICTOS
AMBIENTALES RESUELTOS POR EL CONSEJO DE ESTADO

Como se ha referido, teniendo en cuenta el gran número de sentencias judiciales que se identificaron en este trabajo vinculadas a conflictos ambientales, se ha priorizado el análisis de algunas de ellas, para así realizar su estudio exhaustivo que permita concluir si pueden o no ser catalogadas como fallos activistas, determinando en este caso su impacto en las políticas públicas ambientales. En este capítulo se particularizan los casos consistentes en pronunciamientos del Consejo de Estado.

4.1.1 Sentencia de Islas del Rosario (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°. Rad.: 2500023250002003 91193-01. M.P.: María Elizabeth García González)

4.1.1.a Descripción del pleito

El ciudadano Reynaldo Muñoz Cabrera interpone acción popular contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (Cardique) y el Distrito Turístico de Cartagena de Indias tendiente a obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y del espacio público, la defensa del patrimonio público y la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible.

Los hechos que originan la interposición de esta acción constitucional son, básicamente, los atinentes al manejo de la propiedad de las Islas del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario. Dentro de estos se destacan las actuaciones y procedimientos para clarificar la propiedad de los lotes, debido a que la mayoría de los lotes fueron ocupados con fines turísticos y de recreación olvidando la conservación del material coralino de las islas y del sistema ecológico integral, y que como resultado de estas actuaciones se declaró, por parte de las autoridades como el Incoder, que las Islas del Rosario no han salido del patrimonio nacional y, por tanto, son baldíos reservados.

Este importante ecosistema tiene un incalculable valor ecológico que está representado en un conjunto submarino de ecosistemas que alberga peces, crustáceos, moluscos,

anémonas, erizos y estrellas de mar, resultando el manejo implementado indiferente para la conservación del área, en cuanto la situación crítica que allí se presenta es consecuencia de la ineficacia de las medidas adoptadas, de la falta de coordinación interinstitucional, del desconocimiento o falta de aplicación del marco normativo sobre ocupación de los bienes del Estado, de la inoperancia frente a los procesos sancionatorios por violación de la normativa ambiental, entre otros aspectos que, sin duda, atañen a las entidades, cuya competencia en la zona está claramente definida.

La Contraloría General de la República, en su papel de órgano de control, elaboró un informe en el que destacó la acción negligente y la omisión en el cumplimiento de sus funciones de todas las entidades, y resaltó que pese a la gran cantidad de procesos sancionatorios por infracción a las normas ambientales, estos aún no han culminado y las sanciones impuestas han sido muy pocas. Con fundamento en estas actuaciones, el actor solicita que se garantice el dominio público de las islas de los archipiélagos de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo y el carácter imprescriptible e inalienable de los bienes de la nación; que se suspendan las actividades que ocasionan los daños ambientales y se establezca la responsabilidad por los mismos; que se estime la conveniencia de incorporar las áreas de las islas del archipiélago al Parque Nacional Natural los Corales del Rosario; y que se adopte una solución clara e inequívoca, acorde con la naturaleza de estos bienes, que tenga como objetivo la defensa del equilibrio ecológico, el progreso físico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales.

Las entidades demandadas por el actor popular pidieron ser exoneradas de cualquier responsabilidad. Primero, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial afirmó que es el gestor y promotor de una serie de actividades

de protección y recuperación de los recursos naturales y el medio ambiente en las Islas del Rosario, asimismo, el gestor de instancias consultivas y de participación para buscar la recuperación ambiental.

Segundo, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) indicó que esta entidad inició los trámites administrativos de clarificación de la propiedad, por tanto, debe ser exonerado de responsabilidad.

Tercero, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias alegó que no es responsable de la vulneración de los derechos colectivos, al contrario, es una víctima de estas actuaciones.

Y, cuarto, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique manifestó que las problemáticas ambientales y daños al ecosistema ocasionados con antelación a la creación de esta Corporación eran competencia de otras entidades del orden nacional¹.

4.1.1.b Argumentación judicial

La primera instancia de la acción popular fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde accedió a la protección de los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano, la defensa del patrimonio público y la existencia del equilibrio ecológico, afirmando que existe certeza sobre el alto grado de contaminación y deterioro ambiental que afecta gravemente los archipiélagos de las

1 Todos los instrumentos jurídicos e institucionales han resultado insuficientes por la escasa sensibilidad de las autoridades y personas que habitan en estas zonas, y en muchos casos por la ineficacia y corrupción de las autoridades, lo que ha conducido a la inaplicabilidad de las normas y la falta de coordinación de distinto nivel que tienen jurisdicción y competencia sobre estas áreas (Muñoz R., 2009).

Islas del Rosario a causa de la ocupación indebida de los baldíos, las construcciones ilegales, tala de manglares y bosques secos, descarga de sedimentos y la pesca indiscriminada, todos constitutivos de violación de los derechos colectivos alegados por el actor.

Ampara el derecho colectivo invocado y ordena el fallo implementar una metodología para elaborar un Modelo de Desarrollo Sostenible en un término de seis meses. El fallo fue apelado por las entidades demandadas por considerar excesivo y ambiguo, pues cada entidad tiene un marco de sus competencias establecido previamente y el cumplimiento del fallo generaría choque de competencias y recursos y, por tanto, solicitan en el recurso de apelación o alzada que la sentencia sea modificada o revocada para garantizar legalidad en sus actuaciones administrativas.

El recurso de apelación es conocido por el Consejo de Estado, sección primera, conforme las particularidades que serán analizadas en detalle en este acápite.

La problemática ambiental de los archipiélagos de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo es grave y es considerada histórica. Este importante ecosistema se encuentra ubicado en la jurisdicción del Distrito de Cartagena de Indias y está compuesto por islas, islotes, cayos y morros que comprenden un área de 384 hectáreas. Son calificados como sistemas naturales intervenidos y degradados en términos de sostenibilidad, debido a las ocupaciones ilegales que modifican el paisaje natural, la tala de manglares y bosques secos, la descarga excesiva de vertimientos, el turismo masivo e incontrolado y la pesca indiscriminada, la modificación de línea de costa, la pérdida de cobertura y el cambio en el uso del suelo.

Las islas, además, sirven de sitio de anidación de varias especies de aves, tanto residentes como migratorias. Y existe un valor paisajístico en el área del archipiélago que,

lastimosamente, como consecuencia de la ocupación y la carencia de un manejo ambiental adecuado, también se ha visto afectado y, sin duda, continuará deteriorándose si no se frena el avance de la ocupación.

Los responsables de estos daños ambientales ocasionados a este importante ecosistema son varias entidades del nivel nacional y regional: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Incoder y Cardique y Distrito de Cartagena de Indias, respectivamente.

Estas entidades, según reconoce la Sala, no han permanecido indiferentes ante la conservación del área de los archipiélagos, pero las medidas adoptadas son ineficaces por la falta de coordinación interinstitucional, el desconocimiento del marco normativo aplicable, y la inoperancia de procesos sancionatorios ambientales.

Frente a esta problemática ambiental, el Consejo de Estado dispone una solución integral, consistente en la elaboración de un modelo de desarrollo sostenible que haga posible la conservación, restauración y uso sostenible de los ecosistemas con el propósito de lograr el aprovechamiento sostenible y alternativo de los mismos, requiriendo para esto el concurso de todas las autoridades públicas.

Este modelo de desarrollo sostenible plantea como objetivos específicos, la definición de criterios bióticos, económicos, jurídicos, socioculturales y político-administrativos que orienten la delimitación del área marina protegida (AMP) y su zona de amortiguación, la elaboración de un plan de manejo integral para esta área y su zona amortiguadora, y la reglamentación de los usos permitidos.

Reconocimiento del derecho	En este caso el reconocimiento al derecho es fuerte, pues el juez popular ampara varios derechos colectivos, poniendo de manifiesto que la presencia de derechos de esta naturaleza en nuestras sociedades es una realidad innegable que demanda una tutela efectiva, la que no se debe reducir a la existencia de
----------------------------	--

	un mero reconocimiento nominal, sino que se impone abrir caminos transformando o reinterpretando las instituciones clásicas de acceso a la justicia y de tramitación para la tutela de estos derechos cuando demandan protección –como en este caso se reconoce la necesidad de amparar los derechos colectivos como el ambiente sano, la defensa del patrimonio público y la existencia del equilibrio ecológico de las Islas del Rosario–. El enfoque del fallo es novedoso para la época, ya que no solo ampara los derechos, sino que ordena la implementación de un modelo de desarrollo sostenible para las Islas del Rosario y su zona de amortiguación.
Medidas de implementación	El juez de primera instancia ordenó como medida de implementación del fallo: Adoptar medidas urgentes que la zona requiere a efectos de controlar de manera efectiva e inmediata la contaminación de los cuerpos de agua por vertimientos de residuos sólidos y líquidos al mar, construcción o modificación de la infraestructura turística, residencial, muelles, espolones, tala de manglar y rellenos. El juez de segunda instancia consideró necesario implementar medidas un poco más específicas: primero, controlar la contaminación de los cuerpos de agua por vertimientos de residuos sólidos y líquidos; segundo, el seguimiento de los procesos por violación de las normas ambientales; tercero, la proyección de una acción conjunta con la Alcaldía de Cartagena, frente a la construcción de la infraestructura turística y residencial, a fin de que se ejecute la demolición de las construcciones ilegales según se haya determinado en los respectivos procesos sancionatorios, así como el cobro coactivo por violación de las normas del Parque Natural los Corales del Rosario; y cuarto, programa de recuperación de manglares y arrecifes coralinos para el Área Marina Protegida de los Archipiélagos del Rosario y San Bernardo. Finalmente, el Consejo de Estado dispuso la implementación de un modelo de desarrollo sustentable con objetivos expresos y claros, de acuerdo con las condiciones de la región y a las consideraciones propias del alto tribunal de lo contencioso administrativo. En este caso, las medidas de implementación se refieren a mandatos dirigidos a la administración, donde las órdenes están orientadas a un resultado concreto, el desarrollo de un modelo de desarrollo sostenible en las Islas del Rosario y San Bernardo; en estas órdenes, que son nacionales y regionales, el juez respeta cierta discrecionalidad de la administración para poner en funcionamiento el modelo en el territorio, aunque exige unos mínimos que deben ser atendidos por la misma. Consiguientemente, el papel judicial a lo largo de este proceso, en lo que hace a las medidas de implementación, es activista, moderado y fuerte, según la instancia, imponiéndose a la Administración un actuar dentro de su rol más o menos determinado por el juzgador.

Medidas de seguimiento	Se ordenó crear un comité de verificación, que estará compuesto por todas las entidades demandadas, teniendo además participación la Procuraduría, la Contraloría y las veedurías ciudadanas de Cartagena. También se ordenó a Cardique, Dimar y Distrito de Cartagena presentar un informe al comité de verificación sobre el impulso y trámite de los procesos administrativos aludidos. El respectivo informe debía ser presentado dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria de la providencia. Las medidas de seguimiento implementadas son fuertes, pues se fijan plazos de forma expresa para realizar la vigilancia del cumplimiento del fallo y las órdenes dirigidas a la administración en el nivel nacional, regional y local para lograr el desarrollo sostenible en este importante ecosistema.
------------------------	---

4.1.1.c Opinión sobre el fallo

El fallo analizado, junto a representar otro caso de activismo judicial fuerte, es un importante pronunciamiento judicial sobre ecosistemas frágiles y estratégicos –en este caso se trata de ecosistemas marinos– que, por el crecimiento incontrolado de las urbes, se han visto afectados. El mismo genera unos efectos directos, que están dirigidos para las partes del litigio, en este caso el actor popular y las entidades demandadas; y otros indirectos, orientados para toda la colectividad.

Y, al mismo tiempo, los efectos son de doble tipo, materiales y simbólicos en la construcción de políticas públicas. Los materiales están relacionados con el diseño de las políticas públicas, en este caso orientadas al desarrollo sostenible de ecosistemas marinos propios de las Islas del Rosario y San Bernardo; entregando, además, insumos para garantizar la efectividad de la democracia y la promoción del desarrollo como causa y consecuencia de la participación ciudadana en las políticas públicas. Y, los segundos, implican la percepción de la ciudadanía y en general de la opinión pública frente a los problemas ambientales, generando el fallo contenido de la cultura ciudadana y la apropiación de

los recursos naturales por parte de la comunidad. Ambas clases de impactos del fallo se pueden ver reflejados en el desarrollo de los programas en el territorio.

Ahora bien, aunque este fallo da algunos insumos para construir políticas públicas ambientales, quizá su aspecto más importante es la mirada hacia el aporte que las sociedades pueden darles a los procesos de construcción de políticas, en este caso la comunidad local de Cartagena. Nos preguntamos: ¿cómo hacer uso del capital social y de la cultura en países con problemas de pobreza y exclusión para beneficiar el desarrollo económico y social?, ¿es posible, mediante la acción pública, modificar el mismo capital social con el propósito de resolver problemas de desarrollo económico y social? Sin duda, en los temas ambientales la sociedad civil tiene mucho que aportar tanto en la construcción, desarrollo y evaluación de las políticas públicas; en este último punto, es muy importante construir una gobernanza basada en un diálogo de saberes que haga uso de la experimentación, generando cambios en los factores históricos de los procesos de toma de decisiones.

Por último, es preciso que las políticas públicas no terminen en una categoría jurídica más, con la generalidad y abstracción que caracteriza a las normas jurídicas, siendo necesario la democratización del análisis de las mismas y la necesidad de innovar en busca de fórmulas inspiradas no solo en el mercado como único eje rector, sino también en otros factores –como la sostenibilidad, el desarrollo sostenible, la eficacia y la tutela efectiva de los derechos fundamentales y colectivos de las comunidades–.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El fallo analizado es representativo de los conflictos jurídicos que viven las regiones del país, donde existen diversidad biológica y al mismo tiempo pobreza, sobreexplotación de recursos, turismo insostenible y –en general– atraso social, económico y político; por eso el juez
--	--

	popular en este caso reconoce la necesidad de articular las diferentes entidades del orden nacional, regional y local para buscarles una solución sostenible a los problemas que afronta el ecosistema de Islas del Rosario y San Bernardo. Desarrolla el mandato constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público y se convierte en un juez garante, eficaz y dinámico frente a las necesidades de las comunidades, presentando una solución: la construcción de un modelo de desarrollo sostenible que minimice los impactos y permita desarrollar actividades económicas sostenibles en la región. El impacto de este fallo en la construcción de políticas públicas es fuerte, pues no solo se generan desde este fallo algunas de tipo ambiental, sino un conjunto de políticas asociadas al desarrollo sostenible de estos importantes ecosistemas, como son políticas de turismo sostenible, de saneamiento ambiental y, en general, el traslado del Estado Social de Derecho a las regiones más ricas en biodiversidad del territorio nacional.
--	--

4.1.2 Sentencia de los Cerros Orientales de Bogotá (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 2500023250002005-00662-03. M.P.: María Claudia Rojas Lasso)

4.1.2.a Descripción del pleito

La ciudadana Sonia Andrea Ramírez Lamy instauró acción popular contra la nación, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) y el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente (DAMA) para reclamar la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia de un equilibrio ecológico, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

La demandante afirma que 14.116 hectáreas del bosque de los cerros orientales de Bogotá², que atraviesa la ciudad de sur a norte por las localidades de Ciudad Bolívar, Usme, San Cristóbal, Santa Fe, Chapinero y Usaquén, fueron declaradas como área de reserva forestal por el Inderena mediante el Acuerdo 76 en 1977, por su gran variedad de flora y fauna, múltiples fuentes hídricas, su importancia como catalizador del aire y como equilibrio climático de la ciudad capital³; luego de esto, en 1987, se expidió el Acuerdo 59, en el que establece un marco normativo para los cerros con el propósito de conservarlos.

En 2005, por medio de la Resolución 463, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy MADS) redelimitó el área y excluyó 976 hectáreas a favor del Distrito, con el fin de legalizar situaciones de hecho irregulares que se venían presentando por asentamiento ilegales, explotaciones mineras ilícitas, licencias irregulares de construcción, tala de árboles y explotación de fauna y flora; esto se llevó a cabo con la advertencia de que se venía deteriorando, gravemente, el bosque de los cerros.

-
- 2 La Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá es esencial, vital y estratégica para la viabilidad ambiental e hidrográfica de la ciudad. Se localiza sobre los cerros orientales de la ciudad de Bogotá y forma parte del sistema orográfico y de la Estructura Ecológica Principal Distrital. Por su ubicación estratégica, la reserva facilita la conexión regional con los parques nacionales naturales de Chingaza y Sumapaz; allí tienen nacimiento diversas fuentes hídricas superficiales que favorecen la diversidad de ambientes y, por tanto, de ecosistemas. La reserva, aunque se localiza totalmente en Bogotá Distrito Capital, tiene una parte en suelo urbano y otra en rural.
 - 3 Es importante destacar que el artículo 206 del Decreto-Ley 2811 de 1974 estableció que las áreas de reserva forestal tienen destinación exclusiva a la conservación permanente de bosques, y que el artículo 61 de la Ley 99 de 1993 declaró los cerros y el sistema montañoso circundante de la Sabana de Bogotá como de interés ecológico nacional, cuya destinación prioritaria es la forestal.

Esta última actuación fue materia de acción popular, donde se afirmó, por parte del grupo de actores populares, que las numerosas actuaciones administrativas que se han realizado en los cerros orientales violan flagrantemente la Constitución y la Ley, se afecta el equilibrio ecológico, pues la conservación y restauración de los cerros pasó a un segundo plano, también se alegó la afectación a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, debido a que la reserva natural atenta contra la vida y salubridad de la población.

Desde hace años se vienen generando permanentes tensiones y conflictos entre autoridades y particulares por el uso de terrenos de la ciudad —entre otros, los que se encuentran circundantes a los cerros orientales de Bogotá—, el respeto de los derechos adquiridos y la protección de adquirentes de buena fe. Diversos proyectos de construcción ponen de presente un evidente y profundo conflicto entre el derecho a la propiedad y el interés general que encierra el medio ambiente. Sumado a esto existe el escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica⁴.

Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones del actor popular. En primer lugar, el DAMA afirmó que no es el competente para expedir las licencias de urbanismo y construcción, ni para suspender actividades urbanísticas ilegales, pues esto les compete a las alcaldías locales. Segundo, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se opuso a las pretensiones, alegando que no ha violado derechos colectivos, y afirmó que la Resolución 463 de 2005 se expidió con el propósito de conservar, restaurar, recuperar y prevenir el deterioro de los cerros orientales. Y, tercer lugar, la CAR se opuso a las

4 Vid. (Gómez I., 2009).

pretensiones al manifestar que ha cumplido a cabalidad con las obligaciones que la ley impone.

Se surtió la audiencia de pacto de cumplimiento entre los actores relevantes de la situación, pero esta se declaró desierta por ausencia de comparecencia de la actora.

Esta acción popular fue conocida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien ordenó la suspensión provisional de la redelimitación y dejó vigente el área de reserva inicialmente aprobada. Se ampararon los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la protección de áreas de especial importancia ecológica y de sus ecosistemas y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, pues se consideró que la reserva forestal protectora de los cerros orientales se veía gravemente afectada por las acciones y omisiones de las entidades demandadas.

4.1.2.b Argumentación judicial

En este caso, el Consejo de Estado reconoce la importancia de resolver este importante asunto para la capital del país, y por esto sistematiza los argumentos en 15 puntos relevantes para analizar.

Estos son, la facultad del Ministerio de Ambiente para sustraer las 973 hectáreas de la Reserva Forestal Protectora “Bosque Oriental de Bogotá”, el registro del Acuerdo 30 de 1976 en las oficinas de registro de instrumentos públicos, el estudio de legalidad de la Resolución 463 del 2005, la adquisición de predios en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora, la demolición de construcciones en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora, la existencia de derechos adquiridos en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora, los usos permitidos

en la reserva forestal protectora, la naturaleza de los bienes que forman parte de la reserva forestal protectora, la carga que deben asumir los terceros para proteger el medio ambiente en la reserva, los planes de manejo para la franja de adecuación y la reserva forestal, la situación actual de riesgo para las personas que habitan los cerros orientales de Bogotá, la creación de un cuerpo de Policía Especializado que vigile la reserva, los derechos colectivos vulnerados por la actuación de las entidades demandadas, el incentivo económico y la aplicación de la Ley 1021 de 2006.

Dentro de las características más importantes de las reservas forestales protectoras, como es el caso de los cerros orientales, se destaca que: los predios que las conforman pueden pertenecer al Estado o a los particulares; las autoridades ambientales, de conformidad con los estudios técnicos correspondientes, pueden sustraer áreas de reserva; los terrenos de propiedad privada estarán sujetos a una reglamentación que proteja los suelos y las corrientes de agua; las referidas reservas forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas; no se pueden desarrollar en ellas actividades mineras, ni se podrán sustraer para este fin.

En cuanto a las obligaciones legales, le corresponde al Ministerio de Ambiente reservar, alinderar y sustraer las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, reglamentar su uso y funcionamiento; a las Corporaciones Autónomas Regionales les corresponde realizar la clasificación, ordenamiento y zonificación y, determinar el régimen de uso de las áreas forestales en el territorio nacional, salvo las que se encuentren en las áreas de reserva forestal nacional.

Ahora bien, en el caso de los cerros orientales, los mismos se constituyeron como reserva forestal protectora, en razón de que presentan un territorio rico en valores ecológicos y paisajísticos, con condiciones biofísicas y socioeconómicas

complejas, diversidad de especies de flora y fauna, en los que se consolidan distintos ecosistemas –como son páramos, subpáramos y bosques altos andinos–. Los servicios ambientales que presta esta reserva para la ciudad y la región incluyen su contribución como el principal regulador del acuífero de la Sabana de Bogotá –asegurando su calidad, cantidad y disponibilidad–, y su contribución a la regulación del clima, a la depuración del aire del oriente de la ciudad, a la protección de los suelos y a la estabilización de diferentes geoformas.

El Consejo de Estado reconoce la situación caótica que se presenta en los cerros orientales de Bogotá, en el entendido de que la decisión que se tome debe equilibrar las cargas y los derechos involucrados, al tener en cuenta el costo que representará para el erario la eventual adquisición de predios junto al respeto por los derechos adquiridos y la articulación de la protección del medio ambiente con el urbanismo y el desarrollo.

El asunto central de este fallo lo constituyen dos aspectos. El primero, es el concerniente al problema jurídico de la existencia de derechos adquiridos en la franja de adecuación y en la Reserva Forestal Protectora, los que corresponden a propietarios de lotes y tenedores de licencias de construcción válidamente expedidas al amparo de la normatividad vigente. La Sala encuentra que estos derechos adquiridos son de quienes obtuvieron las licencias de construcción o construyeron legalmente en la franja de adecuación y en la zona de recuperación ambiental antes de la anotación registral de la afectación a la reserva del predio respectivo⁵;

5 El fallo cita un importante pronunciamiento judicial de la Corte Constitucional sobre la garantía constitucional de los derechos adquiridos, la Sentencia C-488 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, donde se afirma la importancia y trascendencia constitucional de los derechos adquiridos y su proyección

y junto a ellos, considera muy importante, para el análisis del caso, la aplicación del principio de buena fe en las actuaciones de la administración –que les exige a los particulares y a las autoridades a ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que se puede esperar de una persona correcta “*virbonus*”⁶–, en base al cual justifica los derechos que generan las licencias urbanísticas, sin que estos excluyan la posibilidad de negociar directamente o –en su lugar– adelantar el trámite de expropiación debido a su importancia ecológica que amerite que su propiedad sea estatal.

Y el segundo aspecto es el atinente a los usos permitidos en la reserva forestal protectora, cuya relevancia se debe a que el área presenta un 75% de una vocación residencial, habitada por personas que en su gran mayoría son de escasos recursos, lo que hace que se tengan que evaluar las condiciones de las mismas como sujetos de especial protección constitucional. Al respecto, el juez popular entiende que la limitación de los usos es compatible con el Desarrollo Sostenible, sin perjuicio de que el Ministerio de Ambiente debe señalar qué actividades de bajo impacto ambiental se pueden desarrollar en la reserva; esto último, sin perjuicio de reconocerse la importancia de construir instalaciones públicas rurales destinadas a prestar servicios públicos

en los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe. Vid. (Ordoqui, 2011)

- 6 El principio de buena fe incorpora una máxima orientadora del derecho romano *venire contra factum proprium*, según el cual a nadie le es lícito venir contra sus actos propios. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, sin justificación razonable, objetiva y ponderada procede a suspender o revocar la autorización administrativa con el rompimiento del principio de confianza legítima y la prohibición de ir en contra de los actos propios. Vid. (Neme, El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, 2006), (Neme, 2009).

—como salud, educación— en beneficio de las comunidades campesinas, de gran relevancia en el área, que habitan la misma desde hace más de 80 años.

Al mismo tiempo, el juez popular les hace un llamado a los particulares, quienes tienen una obligación de proteger el medio ambiente y, por tanto, deberán asumir los costos que compensan la utilización permanente de la reserva, acatar cabalmente la normativa ambiental y velar por la integridad de la reserva; por esto, tendrán un deber de informar a las autoridades cualquier acto o asentamiento que atente contra este importante ecosistema.

Acorde con esto, se les ordena al Ministerio de Ambiente y a la CAR realizar dos asuntos primordiales para la conservación: el primero es la fijación de las tasas compensatorias —teniendo en cuenta el estrato socioeconómico al que pertenece la reserva y la zona de recuperación ambiental—, los recursos recaudados bajo este título deberán ser destinados a los gastos de mantenimiento y renovabilidad del ecosistema teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 99 de 1993. Y el segundo, la adopción de un Plan de Manejo de la Franja de Adecuación y para la Zona de Recuperación Ambiental, el que debe incluir un trabajo exhaustivo de zonificación y reglamentación de los cerros orientales; este documento técnico deberá contemplar un uso campesino en el área de la reserva que sea compatible con las finalidades de preservación del área protegida y siempre y cuando estas actividades no ocasionen alteraciones significativas ni conlleven a la degradación y el retiro inmediato de plantas exóticas de la reserva, pues estas ponen en riesgo el equilibrio ambiental de la misma.

El Consejo de Estado reconoce el valor de la reserva como un patrimonio ecológico y sociocultural del Distrito de Bogotá y de la región, en razón de que está compuesto por una cobertura vegetal natural, sistemas de humedales,

acuíferos, avifauna, constituye patrimonio arqueológico y cultural y un paisaje inigualable. Por esto se considera que un componente importante del plan de manejo deberá ser la zonificación, la que deberá identificar y delimitar los espacios que tienen características similares, y determinar en los mismos los respectivos usos que sean compatibles con los objetivos de conservación.

Al considerar que la reserva representa un paisaje integrado que se fundamenta en una geomorfología, un conjunto geológico y un patrón de clima que facilitan la existencia de la fauna y flora andina, en donde además el área sirve para detener la expansión incontrolada de la ciudad de Bogotá, el fallo entiende que extraer una parte del área de reserva afectará de manera directa la urbanización y construcción de vías de comunicación, así como las interacciones que existen dentro del área y arriesgará la integridad de los ecosistemas.

Finalmente, luego de conocer el potencial ambiental y de biodiversidad de la zona, es importante analizar las ventajas que supone la conservación de la reserva. Primero, en materia de servicios ecosistémicos, la reserva forestal incide sustancialmente en la reducción de las inundaciones y sus impactos sobre los territorios bajos que se encuentran urbanizados en Bogotá, y sus alrededores, a partir de la amortiguación de los incrementos de caudales del río Bogotá y sus afluentes. Segundo, la presencia de acuíferos prestan innumerables servicios en torno del equilibrio que se debe conservar entre las aguas y los humedales que en sí garantizan la disponibilidad del recurso hídrico para la población y, por último, la calidad de los suelos, categorizados como I y II, representan un gran potencial para garantizar la seguridad alimentaria del país.

Tercero, en cuanto al crecimiento de Bogotá, la reserva cumple con la función de evitar la conurbación y de asegurar

que la sabana continúe como un paisaje mixto, en donde la productividad agrícola y pecuaria sean un factor principal de la seguridad alimentaria de la nación.

Ahora bien, es importante resaltar el potencial recreativo de la reserva, en donde existe la posibilidad de desarrollar múltiples actividades campestres de ecoturismo que podrán implicar tanto acciones de conservación de los ecosistemas, restauración de las especies que se encuentran afectadas, así como alternativas financieras para la población vulnerable que se encuentra asentada en la zona.

Y, por último, es de la esencia precisar que evitar la urbanización y la intervención en los suelos de la reserva predispone beneficios tanto ecológicos como ambientales y sociales, pues se conservaría la relación que existe entre los microsistemas como aguas, minerales, fauna y vegetación lo que beneficia directamente la estructura ecológica principal de la sabana de Bogotá. Asimismo, en caso de que se permitiera intervenir con la construcción de viviendas y vías en la zona se “perderían así veinte años de investigaciones, consultas y actos administrativos que constituyen ejemplo de gestión ambiental fundamentada en el análisis científico y la colaboración internacional”.

En este sentido, el hecho de que la reserva se encuentre altamente intervenida no puede constituir un argumento para ejercer mayor presión sobre la misma y sobre sus recursos ya que, en el sentido contrario, por este mismo hecho se presenta la oportunidad de generar mayores mecanismos de recuperación y conservación que pretendan aumentar el valor de los servicios ecosistémicos que presta la reserva y de generar oportunidades para los habitantes de la zona, así como consolidar cadenas de valor sustentables que permitan el aprovechamiento de los recursos en el marco del desarrollo sostenible.

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho en este caso es fuerte, luego de hacer una amplia y variada argumentación predomina en el fallo la protección del medio ambiente en la Reserva Forestal de los Cerros Orientales con el desarrollo económico y social, es decir, buscando imponer el principio de Desarrollo Sostenible en esta importante reserva que constituye un recurso fundamental para la humanidad, según afirma el fallo. Sin duda, el juez popular reconoce la vulneración de derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando disposiciones jurídicas de manera ordenada, dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida y la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.
Medidas de implementación	El fallo en primera instancia, es decir, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fijó como medidas de implementación, primero, prohibir que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, CAR y DAMA incurran en las acciones y omisiones que conllevaron a la violación de los derechos colectivos de la demandante, como la realización de sustracciones, incorporaciones, legalizaciones, nuevas redelimitaciones en el interior de la zona de reserva oriental. Segundo, les ordena a la nación, Ministerio del Medio Ambiente y CAR para que procedan a adquirir los predios de propiedad particular, distintos de los fiscales, adquiridos con justo título que existan en la Reserva Forestal o proceder a expropiarlos por razones de utilidad pública, lo que deberá quedar satisfecho el 22 de diciembre de 2008. Tercero, les ordena al Distrito y DAMA adquirir los predios de propiedad particular que existan en la zona de adecuación o proceder a expropiarlos, lo que deberá quedar satisfecho el 22 de diciembre del 2008. Cuarto, les ordena a la nación, Ministerio del Ambiente y CAR reubicar a todas aquellas personas que se encuentren en la zona de recuperación ambiental de la Reserva Bosque Oriental o en su franja de adecuación cuyas viviendas amenacen con deslizamientos o en zonas de ronda o zonas de manejo y preservación de las quebradas y ríos que descienden de los cerros; la condena se cumplirá en el término de un año a partir de la ejecutoria del mismo. Y quinto, les prohíbe a las autoridades distritales y curadores urbanos expedir licencias o permisos de urbanismo y construcción, así como licencias para actividades mineras relacionadas con la explotación de recursos naturales en la franja de adecuación y en el área de la reserva forestal.

	El fallo en segunda instancia, es decir, el Consejo de Estado, confirmó todas las órdenes que había impartido el juez popular en primera instancia y adicional a esto ordenó a: <i>Ministerio de Ambiente, CAR y Distrito Capital de Bogotá:</i> -Elaboren, ejecuten y financien, conjuntamente, un Plan de manejo del área de canteras, vegetación natural, pastos, bosques de la Reserva y franja de adecuación con el propósito de proyectar una zona de aprovechamiento ecológico, para esto tendrán un año. -Respetar los derechos adquiridos para quienes obtuvieron licencias de construcción en la franja de adecuación o zona de recuperación ambiental ubicada en la reserva forestal protectora. -No conceder nuevas licencias, autorizaciones o permisos que permitan el desarrollo urbanístico o de construcción en la reserva forestal protectora. Bajo ninguna circunstancia se podrán adelantar actividades mineras en la reserva forestal. -Elaborar, ejecutar y financiar, solidariamente, dentro del marco de sus competencias un plan que permita preservar, conservar y recuperar los recursos hídricos y la biodiversidad existente en la Reserva Forestal. -Y, por último, se ordena la creación de un cuerpo de policía especializado que vigile la reserva forestal protectora, de conformidad con el artículo 101 de la Ley 99 de 1993. <i>Ministerio de Ambiente:</i> -Señalar, en un término de seis meses, el listado de actividades que ocasionan bajo impacto ambiental y beneficio social, de tal forma que se puedan adelantar en las áreas de la reserva forestal, sin necesidad de efectuar sustracción. -Fijar en un plazo de seis meses las tasas compensatorias estableciendo tarifas diferenciales según el estado socioeconómico a que pertenece el predio respectivo ubicado en la Zona de Recuperación Ambiental. <i>Distrito Capital:</i> -Elaborar, en un término de seis meses, un plan de reubicación de asentamientos humanos, dándoles prioridad a los inmuebles que amenacen ruina y se encuentren en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora y comporten riesgo no mitigable. - El Alcalde distrital deberá presentar ante el Concejo un proyecto de reforma al Plan de Ordenamiento Territorial (POT) dentro de los seis meses para reglamentar el uso del suelo en la franja de adecuación como en la Reserva Forestal Protectora. <i>CAR:</i> -Modificar, en el término de seis meses siguientes a la ejecutoria, el Plan de Manejo Ambiental de la reserva forestal protectora “Bosque Oriental de Bogotá”.
--	---

	<i>Propietarios, Poseedores y Tenedores de predios ubicados en la Reserva Forestal Protectora y en la franja de adecuación:</i> -Se deberán abstener de realizar conductas que perjudiquen el área protegida. -Velar por la integridad de la reserva. Las medidas dispuestas importan la existencia de un activismo fuerte, ya que el papel judicial no se limita a exigir el respeto de los derechos, sino que incide notablemente en los medios para esto.
Medidas de seguimiento	Se establece como medida de seguimiento la conformación de un comité de verificación, que tendrá que realizar el seguimiento a lo ordenado en el fallo. Este estará conformado por: Procurador General de la Nación, Ministro de Ambiente, Alcalde Mayor de Bogotá, Director de la CAR, Comandante de la Policía Nacional, Personero Distrital, Contralor Distrital, Gerente de Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ONG y actora popular. Se le encomienda al juez de primera instancia, es decir, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la celebración de audiencias públicas de verificación y evaluación de lo ordenado en este fallo, se deberán reunir, mínimo, una vez por mes. También se establece como medida de seguimiento que el Ministerio de Ambiente, CAR y Distrito Capital de Bogotá, conjuntamente, deben publicar la parte resolutive de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional en el término de diez días. Esta medida, que asegura la publicidad de las disposiciones adoptadas, permite un control popular por la comunidad general. Las medidas de seguimiento dan pauta de un activismo fuerte desde la perspectiva de este tópico.

4.1.2.c *Opinión sobre el fallo*

El fallo es otro ejemplo de los problemas estructurales que tiene el país en el manejo de los recursos naturales, en este caso, es notoria la falta de coordinación entre las entidades que tienen competencia regulatoria en esta materia, resulta relevante poder generar escenarios de diálogo institucional donde concurren actores jurídicos y técnicos en materia ambiental y urbanística para buscarles una solución a los problemas de los cerros orientales de Bogotá, porque estos fallos infortunadamente se convierten en importantes

declaraciones de derechos vulnerados y a los actores se les inician los procesos de desacato, pero en el terreno no se ven las inversiones y la colaboración armónica de las entidades públicas del nivel nacional, regional y local, y la vinculación de los particulares en estos asuntos.

Frente a la argumentación del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo se deben analizar algunas premisas jurídicas relevantes para el caso que chocan con los cánones clásicos bajo los que se ha construido el sistema jurídico vigente. La primera es de origen constitucional: la CN establece un régimen de seguridad jurídica al derecho de propiedad, por tanto, cuando se presenten situaciones de interés general se debe seguir el trámite previo de expropiación con intervención judicial. La segunda tiene que ver con los actos administrativos que han determinado el uso del suelo y gozan de presunción de legalidad, por tanto, situaciones consolidadas bajo esos actos no pueden ser desconocidas por decisiones posteriores, pues el acto administrativo no fue demandado ni suspendido. Y la tercera, el orden constitucional prevé unos mecanismos de participación ciudadana, en este caso es la ciudadanía la que tiene que buscar diálogo institucional y generar espacios para lograr desarrollar actividades compatibles con la preservación ambiental de los cerros orientales, es decir, materializar el principio general de desarrollo sostenible⁷.

También, en esa misma línea, este fallo desconoce el principio de sostenibilidad fiscal, donde las autoridades judiciales están obligadas a ponderar el impacto económico de las órdenes que se impartan, ya que como afirma la Corte Constitucional que: son los efectos de la sentencia los que son susceptibles de análisis de impacto fiscal, siempre

7 Vid. (Amaya O., 2012)

dentro de un marco de cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (Sentencia C-288, 2012). El impacto fiscal para la nación y para el Distrito es grande, pues implica que tendrán que iniciar la adquisición de los predios para garantizar la conservación de los mismos⁸.

Ahora bien, en cuanto a los efectos del fallo y el eventual impacto en la construcción de políticas públicas, es claro que aporta insumos fundamentales para formular una política referente al ordenamiento territorial ambiental a los cerros orientales⁹. El punto central es que la ordenación del territorio responde a la necesidad de plasmar en el mismo las políticas económicas, sociales, culturales y ambientales; allí los principales objetivos se enmarcan en el desarrollo económico y equilibrado de las regiones, mejoramiento de la calidad de vida de las personas y la protección del medio ambiente. Todo esto se engloba bajo la idea de una utilización racional del territorio, lo que exige una planificación como instrumento necesario y esencial en donde, en el caso de Bogotá y los municipios vecinos, deben realizar, de forma urgente, una planificación y ordenamiento regional del territorio para afrontar los retos, amenazas y problemas de cada uno de estos.

Sumado a lo anterior, la ordenación del territorio es el resultado de las dinámicas económicas y sociales, pues un elemento que juega un papel estratégico es el ambiental, el que debe formar parte integral de todo el proceso con

8 Vid. (Roa, 2015)

9 En Colombia el ordenamiento territorial se concibe como: *“Un instrumento del Estado para el logro de la eficiencia, la consolidación de la democracia y la descentralización, respetando las autonomías locales y velando por la unidad nacional. [...] estas metas deben lograrse mediante la distribución armónica de la población, el desarrollo social, económico y político, con el uso de los recursos naturales y la protección del ser humano y el medio ambiente”* (Andrade, 1994).

el propósito de presentar una serie de posibilidades para su ordenamiento y desarrollo sostenible mediante la planificación de las formas de aprovechamiento y ocupación del mismo, en problemáticas puntuales como concertación sobre las tasas retributivas, compensatorias, planificación conjunta de explotación y aprovechamiento de recursos naturales, sistemas de abastecimiento, entre otros¹⁰.

-
- 10 En Colombia la Ley 388 de 1997 ha dotado a los municipios de un instrumento fundamental, como son los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), estos son una herramienta esencial para el desarrollo de los municipios, donde la expansión de la ciudad está delimitada y condicionada a la protección de espacios naturales estratégicos. Esta es una forma de materializar el desarrollo sostenible como principio general del derecho que vincula la actuación de las autoridades administrativas. Sin duda, la virtualidad de esta regulación del territorio permitió crear un marco jurídico que entrelace el crecimiento de la ciudad con la exigencia de conservación de los recursos naturales y de la biodiversidad, teniendo en cuenta que la relación ciudad-medio ambiente es estrecha y constituye una pieza fundamental en la protección del entorno biofísico. Los POT son un instrumento de planificación complejo, cuyo objetivo central es la ordenación del territorio, se plasma cómo será una urbe a futuro; dónde es necesario hacer uso de todos los estudios e informes sobre el estado actual del aspecto social, económico y ambiental de la ciudad para que las directrices que se fijen allí perduren en tiempo y estos no sean la respuesta mediática a problemas de corto plazo. Además, las administraciones no pueden olvidar que la actividad planificadora del Estado goza de una especialidad técnica donde es vital el análisis de los estudios técnicos para marcar el rumbo de la ciudad y de la región. En el caso de los cerros orientales existen múltiples estudios que permiten analizar la potencialidad de este territorio por sus condiciones ambientales y la generación de bienes y servicios ambientales. En la elaboración de los planes de ordenamiento territorial, los concejos, órganos administrativos-políticos encargados de su discusión y aprobación, deben tener en cuenta unas directrices que están fijadas en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, y se organizan en tres grupos; el primero está compuesto por las normas relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales la prevención de amenazas y riesgos naturales; el segundo está compuesto por las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles considerados como patrimonio cultural de la nación, y el tercero por la localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia. Esta disposición comentada

Teniendo en cuenta lo manifestado, se considera que el ordenamiento territorial se convierte en un instrumento de gestión ambiental para construir el orden y desarrollo deseado, y en el caso en concreto que nos ocupa, todas estas discusiones jurídicas –que se han presentado frente a los cerros orientales– se podrían haber omitido si Bogotá y los municipios vecinos hubiesen realizado un ordenamiento territorial responsable para permitir el crecimiento y desarrollo de la capital y de los municipios de forma articulada con la producción de bienes y servicios ambientales que cumple este espacio estratégico.

Finalmente, este fallo es la concreción del principio de desarrollo sostenible en la actividad de ordenación del territorio, donde el urbanismo no se puede ver, simplemente, desde la óptica del crecimiento y expansión de las ciudades, donde las exigencias de preservación de recursos naturales es cada vez mayor. Existen varias visiones de ciudad, arquitectónica, sociológica, global, política y ecológica o ambiental; todas estas se articulan con el desarrollo sostenible (Rincón, 2012)¹¹.

garantiza la obligación de sujetarse a la normatividad nacional que regula aspectos propios de la potestad reglamentaria de la administración, por lo que las gestiones municipales deben enmarcarse y respetar las regulaciones constitucionales y reglamentarias (Rincon, 2012).

- 11 Este fallo es un claro ejemplo del valor sistémico del desarrollo sostenible, que impone que en un proceso de interpretación, planificación o actuación ambiental orientada a la sostenibilidad debe estar planteado tomando en cuenta las relaciones entre el todo y las partes, y no solamente la acción sectorial sobre algunos elementos del sistema ignorando el resto. El desarrollo sostenible tiene otros valores como es el valor humano y equitativo, valor endógeno, integración y complejidad, los cuales concurren en el fallo de los cerros orientales. Vid. (Amaya O., 2012).

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El fallo de los cerros orientales es activista fuerte por el reconocimiento del derecho, medidas de implementación y seguimientos, y todas estos elementos en su conjunto representan un insumo o documento de política pública para la conservación y desarrollo sostenible de ecosistemas frágiles que son de gran importancia para determinada región del país. Sin duda, el fallo es susceptible de algún cuestionamiento de tipo jurídico, pero al mismo tiempo se evidencia el valor del juez popular por innovar, reflexionar y dar una solución plausible a una problemática ambiental, social, económica y política en los cerros orientales de Bogotá. El impacto en las políticas públicas es innegable frente a las medidas de implementación adoptadas, las que de lleno introducen a la judicatura en labores que exceden el tradicional rol judicial. Aquí también se recopilan elementos importantes para la discusión de los planes de ordenamiento territorial, pues se busca presentar una visión moderna de la ordenación del territorio en torno de los recursos naturales y la infraestructura instalada para la prestación de servicios públicos, este punto es muy importante como insumo para la política local de los 1098 municipios que forman parte del territorio nacional para lograr desarrollar el concepto de ciudades sostenibles.
--	---

4.1.3 Sentencia del Río Bogotá (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, N°. Rad.: 2500023270002001-90479-01. M.P.: Marco Antonio Velilla)

4.1.3.a Descripción del pleito

Un grupo de ciudadanos interpusieron –por separado– acciones populares ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en busca de tutela efectiva de los derechos colectivos vulnerados por omisión y acción de algunas entidades del orden nacional, regional y local, así como de algunos particulares, en el manejo del río Bogotá, especialmente en lo referente a la contaminación por factores de índole industrial, biológica, biótica. El Consejo de Estado acumuló en esta providencia ocho acciones populares que versan sobre el mismo tópico.

El río Bogotá nace en la Laguna del Valle, ubicada en el páramo de Guachaneque, municipio de Villapinzón; a lo largo, desde su nacimiento hasta su desembocadura, recibe vertimientos de aguas residuales domésticas, agrícolas e industriales sin tratamiento previo, provenientes de los municipios de Villapinzón, Chocontá, Suesca, Sesquilé, Gachancipá, Tocancipá, Sopó, La Calera, Cogua, Cajicá, Chía, Cota, Tabio, Tenjo, Zipaquirá, Soacha, Sibaté, Madrid, Facatativá y Mosquera. En la última década, en él se han depositado toda clase de vertimientos, lo que ha hecho que sus aguas sean ambientalmente incompatibles con cualquier tipo de uso.

El problema se ha acentuado con el crecimiento del Distrito Capital, de los municipios del área de su influencia y de las industrias que se han desarrollado en su trayecto desde su nacimiento hasta la desembocadura en el río Magdalena. Toda esta situación se había mantenido estática hasta que la empresa productora de energía eléctrica tomó las aguas del río Bogotá y las vertió directamente a la Represa del Muña, sin ningún tipo de tratamiento primario, secundario ni mucho menos terciario.

El hecho es que existe una omisión de las autoridades ambientales regionales en el control de vertimientos a las aguas, por parte de las industrias, los municipios y la población. Algunos de los daños generados se relacionan con deforestación, pérdida de calidad del suelo, invasión de rondas y aguas residuales cargadas de sustancias por industrias químicas que ocasionan un daño ambiental a la flora, la fauna acuática y el recurso hídrico, así como una afrenta a los derechos e intereses lícitos de los habitantes de los territorios aledaños a la ronda del río. Como se puede observar, se trata de una problemática de índole ambiental que permea la esfera económica, social y ecológica de los municipios afectados.

El problema jurídico planteado en este caso es buscar una solución judicial a la contaminación de uno de los sistemas hídricos más contaminados del mundo y que acusa un grave deterioro ecológico con el daño grave a su ecosistema, que es reiterado en cada uno de los subsistemas: alta, media y baja. Sumado a esto, escasos recursos por parte de las entidades territoriales y ausencia de voluntad política para poner en marcha una política pública de descontaminación de este importante sistema hídrico del país.

4.1.3.b Argumentación judicial

El diagnóstico que realizó el Consejo de Estado para iniciar el abordaje de esta problemática es la inexistencia de una política pública única en relación con la recuperación del río Bogotá, la existencia de una dispersión de recursos y esfuerzos en materia de información, planeación, gestión, coordinación interinstitucional de proyectos y recursos tecnológicos, financieros y humanos, poca integración interinstitucional y fragilidad de policía ambiental e incumplimiento de la normativa ambiental asociadas con las problemáticas que se presentan en las cuencas alta, media y baja, lo que ha originado la alteración grave del sistema hidrológico y la pérdida de biodiversidad.

En este caso, se establece que el juez de la acción popular debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para restablecer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser esto posible, caso en el que el juez podrá dar las órdenes de hacer o no hacer correspondientes, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir; de tal forma que el juez estará facultado para adoptar las medidas necesarias y conducentes para obtener la protección de estos derechos.

Al respecto, se evidencia una afectación grave y lesiva al ecosistema ribereño del río Bogotá, que como ya lo señalamos, recibe una gran cantidad de vertimientos de origen doméstico, industrial y agrícola, que no son objeto de ningún tratamiento primario, secundario ni terciario. La solución integral a esta problemática debe comprender varios asuntos, la articulación interinstitucional, la integración de instrumentos de gestión, planeación, observación y monitoreo para la operación regular y circunstancias extraordinarias, y la implementación de proyectos comunes y legales de los diferentes actores involucrados.

Finalmente, la solución para esta problemática contemplaría la creación de una autoridad de cuenca compuesta, en principio, por un Consejo Estratégico de Cuenca que se convertiría en una gerencia estratégica de cuenca mediante un proyecto de ley que debería presentar el Ministerio de Ambiente. Esta autoridad sería la encargada de gestionar todos los asuntos; la estructura administrativa estaría orientada a la gestión integrada del hidrosistema que permita la unidad de manejo de los recursos hídricos y la articulación con los instrumentos de ordenamiento territorial y el mejoramiento continuo y sostenible de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca hidrográfica.

Se reconoce en esta providencia el derecho al agua potable y al saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Como fundamento de este argumento se trae a colación la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 28 de junio de 2010, donde se realiza un reconocimiento expreso a la existencia del derecho humano al agua. Así las cosas, se hace imperiosa la protección de las fuentes hídricas, de las que puede depender eventualmente el consumo de las futuras generaciones; por consiguiente, el Consejo de Estado establece la necesidad

de crear un observatorio ambiental para obtener cifras precisas de los puntos más contaminados, que requieren de una intervención inmediata, y exhorta a las empresas que hacen vertimientos industriales para que se incorporen a proyectos de producción más limpia, en los que opere la racionalidad y, por consiguiente, contaminar menos el recurso hídrico, y que sus vertimientos sean tratados previamente a la descarga.

De manera novedosa, el Consejo de Estado fija algunos criterios para el uso del agua, así como unas obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, por parte del Estado, para que en desarrollo de la reparación integral se logre la recuperación ambiental de la ribera del Río Bogotá, que es afectada gravemente, según problemática ya descrita, por la falta de planeación y sanción a los industriales, a los agricultores, a los municipios y a las empresas de servicios públicos. De este modo, el Consejo de Estado esquematiza una forma ambiental de recuperar las riberas, en cuanto a fauna, flora, suelo y recurso hídrico, por parte de los contaminadores, pero no es claro en la forma ni en el método a aplicar, dejando un cúmulo de dudas e incógnitas respecto de si la recuperación forma parte del servicio público de alcantarillado o no; tampoco habla del esquema tarifario del servicio público¹².

Los cuatro problemas que identificó el Consejo de Estado en este asunto resultan, primero, de la ausencia de una política única en relación con la recuperación del río Bogotá, reflejo de que el SINA no funciona ni ejerce ningún papel estratégico en el país; la política pública deberá estar determinada por unas finalidades reguladoras, donde la

12 Vid. (Guzmán L., 2015), (Güiza & Rodríguez, 2015) y (Velilla, 2014).

normatividad para los usos de agua aparece conciliadora de sus intereses y reductora de conflictos.

Segundo, la dispersión de recursos y esfuerzos que se traduce en la superposición de actores contaminadores, autoridades y competencias; la integración interinstitucional es muy leve y la política ambiental muy frágil.

Tercero, se da un incumplimiento de la normatividad ambiental; en la cuenca alta se exhiben las curtiembres de Villapinzón y Chocontá, cultivos de papa que alteran los ecosistemas de páramos y bosques en el nacimiento del río Bogotá, contaminación causada por la agroindustria y actividad minera, así como de patógenos; en la cuenca media se muestra alta demanda de agua, disgustos por la explotación de canteras, así como problemas generados por la urbanización, y en la cuenca baja, contaminación producida por la industria y el sector agropecuario, escasez de recurso hídrico, malos olores, notorio deterioro de la calidad de vida de la comunidad, y destrucción paisajística por ausencia de caudal ecológico en el Salto del Tequendama.

Y, por último, la alteración grave del sistema y la pérdida notable de biodiversidad a lo largo de toda la cuenca. Esto es generado, básicamente, por las urbanizaciones e industrias ilegales que generan vertimientos directos al cuerpo de agua, también, por la ineficacia de las plantas de tratamiento.

Como solución integral a esta problemática, el Consejo de Estado determina un conjunto de órdenes que se pueden ver en el siguiente cuadro para cada uno de los actores. Teniendo en cuenta la magnitud del fallo y el impacto fiscal del mismo, el juez popular reconoce la necesidad de determinar una solución provisional y otra definitiva para que cese de inmediato la afectación de derechos e intereses colectivos.

Este fallo se convierte en un importante precedente para la problemática ambiental de los vertimientos de aguas residuales en Colombia, donde tan solo el 26% de estas recibe algún tipo de tratamiento, lo que tiene una doble connotación, por un lado la falta de eficacia normativa de las disposiciones que obligan a tratar las aguas residuales y, por otro, la ausencia de voluntad política, por parte de los gobiernos, para realizar en estos asuntos importantes inversiones que mejoren la calidad de vida de los habitantes y, por tanto, del saneamiento ambiental de sus territorios.

Reconocimiento del derecho	El reconocimiento del derecho es fuerte, pues defiende una concepción de núcleo esencial y le exige a la rama ejecutiva del poder público el goce pacífico de un grupo de derechos e intereses colectivos. Es por esto que declara solidariamente responsables de la catástrofe ecológica y contaminación del río Bogotá, por acción, a todos los habitantes e industrias de la Cuenca que desde hace veinte años realizan vertimientos domésticos e industriales de la Cuenca, y por omisión en el control de los vertimientos de las aguas residuales a la nación - Ministerio de Minas, Ambiente, Protección Social, Agricultura, CAR, DAMA, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Empresa de Energía Eléctrica, departamento de Cundinamarca y a los municipios Villapinzón, Chocontá, Suesca, Sesquilé, Gachancipá, Tocancipá, Zipaquirá, Sopó, Cajicá, Chía y Cota (cuenca alta), Funza, Mosquera, Soacha y Madrid (cuenca media) y Sibaté (cuenca baja). Los derechos colectivos amparados por el juez popular son el derecho a gozar de un ambiente sano, la salubridad pública y a la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios.
Medidas de Implementación	En este caso, las medidas de implementación que ha previsto el Juez Popular son variadas y se podría decir que todas las que plantea el autor Lorenzetti (2008) se encuentran en este fallo: por un lado mandatos dirigidos a la administración, que están orientados hacia un resultado, así como a los procedimientos, también el juez les hace algunas exhortaciones a diferentes entidades del nivel nacional, regional y local y unos mandatos de innovar, en el caso de los aspectos referentes a la educación ambiental. La intensidad de las medidas de implementación, desde la perspectiva del perfil activista, es notoriamente fuerte.

Medidas de Implementación	Integración de Esfuerzos Comunes^a	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Reforzamiento del sistema de información de la cuenca.	Constituir temporalmente el Observatorio Regional Ambiental y de Desarrollo Sostenible del río Bogotá.	Crear el sistema regional común de información ambiental para la toma de decisiones interinstitucional para toda la cuenca.
		Constituir temporalmente el Sistema de Información Ambiental del río Bogotá.	
		Realizar un inventario de las áreas de manejo como son páramos, subpáramos, nacimientos de agua y zonas de recarga y de las zonas que requieren iniciar labor de reforestación.	
		Ordenar la realización de un censo de las personas y empresas que realicen actividades industriales de curtiembres.	
		Identificar áreas excluidas de minería, pasivos ambientales mineros y humedales.	
	Integración de Esfuerzos Comunes	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Reforzamiento del sistema de información de la cuenca.	Ordenar a la CAR la actualización inmediata del Plan de Ordenación y Manejo de Cuenca del río Bogotá y hacer la articulación con los instrumentos de planeación existente.	Crear el sistema regional común de planeación ambiental para la toma de decisiones interinstitucional para toda la cuenca.
		Ordenar al Distrito Capital y a todos los municipios aferentes al río Bogotá el ajuste de los Planes de Gestión de Residuos Sólidos.	
		Ordenar al Distrito y a la empresa de Servicios	

^a Para la elaboración de este cuadro se siguió la metodología del fallo y se consultó (Velilla, 2014).

Medidas de Implementación		Públicos Domiciliarios, en un término de seis meses, para identificar las conexiones erradas del sistema sanitario al río Bogotá.	
		Ordenar al Distrito y a la empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, en un término de seis meses, adelantar un plan para la rehabilitación de las redes.	
		Crear en veinticuatro meses, por el Consejo Estratégico, un Sistema de evaluación del riesgo y valoración del daño ambiental.	
		Implementar el sistema de auditoría ambiental en un término de doce meses.	
		Ordenar la realización o ajuste de los planes maestros de acueducto y alcantarillado en los municipios que forman parte de la Cuenca.	
	Integración de Esfuerzos Comunes	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Reforzamiento de la gestión y la coordinación interinstitucional	Constituir provisionalmente el Consejo Estratégico de la Cuenca, que se convertirá en la Gerencia Estratégica de la Cuenca mediante el proyecto de ley que deberá presentar el Ministerio de Ambiente.	Crear la Gerencia Estratégica de la Cuenca para la toma de decisiones, como máximo órgano decisorio de la misma.
		Ordenar a la CAR la articulación de todos los proyectos de adecuación hidráulica y recuperación ambiental del río Bogotá y los demás instrumentos normativos para la gestión integral de la cuenca hidrográfica.	

Medidas de Implementación		Constituir tres consejos de cuenca: alta, media y baja.	
	Integración de Esfuerzos Comunes	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Reforzamiento de la financiación como instrumento	Constituir provisionalmente el Fondo Común de Cofinanciamiento, ya que la CAR tiene a su cargo el fondo de Inversiones para la Adecuación del río Bogotá, cuyas inversiones deberán estar en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca.	Ingresar los recursos interinstitucionales con el fin de desarrollar la estrategia interinstitucional en beneficio del río.
		Ordenar en forma inmediata al Gobierno nacional un estudio sobre la efectividad de los impuestos, tasas, contribuciones y demás gravámenes existentes para la protección ambiental.	
		Ordenar la modificación, en nueve meses, de los parámetros de los instrumentos económicos: tasas retributivas, compensatorias y por uso.	
	Integración de Esfuerzos Comunes	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Obras de Ingeniería	Ampliar la PTAR Salitre en caudal y capacidad de tratamiento.	Operar y mantener, a partir del 2018 la concesión de energía que obtenga.
		Construir la segunda PTAR Canoas con tratamiento secundario con desinfección.	
		Construir la estación elevadora para la generación de energía.	
		Construir, cofinanciado en tres años, el Parque E coeficiente Industrial para las curtiembres de Villapinzón y Chocontá con el pro-	

Medidas de Implementación		pósito de darles tratamiento a estas aguas residuales.	
		Construir, cofinanciado y en tres años, el Parque E coeficiente Industrial San Benito, con el propósito de dar tratamiento a las aguas residuales.	
	Integración de Esfuerzos Comunes	Solución Provisional (Inmediata)	Solución Definitiva (proyecto de ley)
	Educación e Investigación	Ordenar al Consejo Estratégico de la cuenca que en seis meses comience la capacitación dirigida a las autoridades de la cuenca para sensibilizar y actualizar a los funcionarios en la normatividad, manejo de flora y fauna y sistema de gestión integral de la misma.	
		Ordenar al Consejo Estratégico de la cuenca mientras se crea la Gerencia de la Cuenca para que con el apoyo del Ministerio de Educación y la Gobernación de Cundinamarca se capacite a los habitantes de la misma en el manejo de los residuos sólidos.	
		Ordenar al Ministerio de Ambiente y a Colciencias priorizar las líneas de investigación en estos asuntos.	
		Ordenar al SENA y al Ministerio de Trabajo capacitar y reubicar a las personas que dejen como actividad las curtiembres.	
		Promover programas de uso eficiente del agua como elemento integrante y preponderante para la preservación de la cuenca y su biodiversidad.	

Medidas de seguimiento	Se crea el Comité de Verificación que será el órgano competente para hacerle el seguimiento al cumplimiento de la sentencia y que estará integrado por la sociedad civil representada por las ONG que han formado parte o son coadyuvantes dentro del proceso y la institucionalidad, un representante de las entidades demandadas y el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios, Procurador Delegado para la Participación Ciudadana, Contralor Delegado para el Sector Ambiental, entre otros. Se deben, igualmente, integrar subcomités para cada una de las subcuencas con la intervención de la autoridad municipal y la comunidad acorde con sus precisas necesidades y de conformidad con los lineamientos fijados por la Gerencia de Cuenca, así como reglamentar su operatividad bajo la directriz de la Magistrada Sustanciadora, los cuales deben rendir un informe trimestral al tribunal y a la Gerencia de Cuenca o en el momento en que las circunstancias lo hagan necesario con el propósito de adoptar las decisiones a que haya lugar, los correctivos, en caso de incumplimiento de lo pactado o de las órdenes impartidas en este fallo. En los subcomités deberán participar, igualmente, las autoridades ambientales competentes, la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, la Defensoría del Pueblo y una ONG o persona experta en el tema ambiental. En el subcomité de vigilancia de los municipios deben participar los procuradores judiciales ambientales y agrarios que tienen jurisdicción en el respectivo municipio y un delegado del Gobernador del Departamento de Cundinamarca. Constituidos el Comité y los subcomités la Gerencia de Cuenca coordinará, vigilará y asegurará el cumplimiento de las decisiones tomadas en esta sentencia como se prevé en el inciso final del artículo 27 de la Ley 472, así como garantizar que los recursos afectos para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que las partes contraen no se distraigan. Son medidas de seguimiento fuertes, pues se ordena la creación de salas de seguimiento a las órdenes del juez popular, donde es obligatorio realizar reuniones y enviar informes al magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a quien es delegado el seguimiento y al mismo tiempo son fijados unos plazos y unos valores de referencia para evaluar el nivel de cumplimiento del mismo.
------------------------	---

4.1.3.c *Opinión sobre el fallo*

Este fallo, en nuestra opinión, es aquel pronunciamiento judicial que recopila el concepto de una política pública en sentido estricto, entendida esta, como la respuesta a particularidades ambientales del momento, su orientación hacia un objetivo de interés general o beneficio público y su idoneidad para realizarlos, la participación ciudadana con el gobierno en la definición de objetivos, instrumentos y acciones de la política, que en este caso se integran en un conjunto de acciones estructuradas, estables y sistémicas que representan la acción directiva de todos los órganos encargados del manejo de la cuenca hidrográfica del río Bogotá.

En efecto, el fallo recoge las demandas sociales, económicas, ambientales y políticas de los sectores civiles y políticos de la sociedad para diseñar su plan de acción inmediato y definitivo para lograr el cese inmediato de vulneración de derechos e intereses colectivos de la comunidad.

En este caso, el fallo del río Bogotá tuvo en cuenta algunas de las etapas para formular políticas públicas, dentro de estas, la formación de la agenda, la definición del problema público, la formulación de la política, la decisión o selección de opciones, la comunicación de la política, la implementación y la evaluación de la política; el fallo recoge, además, muchos de estos elementos centrales a la hora de construir una política pública.

El juez popular utiliza una metodología bastante *sui generis* o fuera de lo común en la práctica judicial, como es recurrir a una metodología descriptiva en la construcción de un problema jurídico de tipo ambiental donde están de por medio unos derechos e intereses colectivos; pero aquí el Consejo de Estado va mucho más allá que un declárese o anúlese, tratando de presentar un concepto de la ciencia política –como es la gobernanza– para describir y justificar

la reducción del papel del Estado que se acomete como salida a la denominada crisis de gobernabilidad, que es mayor en el sector ambiental, donde el SINA aparece carente de legitimidad y liderazgo para plantear soluciones a problemáticas ambientales como la analizada en el fallo.

Es así como la gobernanza procura reforzar los mecanismos capaces de hacer efectiva la responsabilidad de quienes deciden, en este caso actores relevantes en la descontaminación del río Bogotá, tanto institucionales como particulares; lo que busca es la cohesión social, extendiendo el principio de responsabilidad democrática a todos los polos de la red —económicos, culturales, administrativos, asociativos—, no solo a los actores públicos sino también privados; por esto, el fallo plantea soluciones como la educación ambiental, investigación responsable en estos asuntos y la modificación de instrumentos económicos para influir en el comportamiento de los agentes contaminadores.

Este fallo resulta histórico para el país, en razón a que es objeto de críticas y de reconocimientos, llegando a ser catalogado como la sentencia más compleja que hay en materia ambiental en Colombia, porque involucra a varias entidades y cambia el paradigma de las decisiones judiciales, pues ahora no es la administración quien tiene que marcar el rumbo de los ecosistemas, sino los jueces, los que aparecen con una capacidad inédita en la determinación de los rumbos de la gestión que tiene alto impacto en los presupuestos de varias carteras ministeriales, municipios, corporaciones autónomas regionales y de empresas privadas. Para cumplirla, se requiere que el Estado esté preparado con presupuestos sólidos, institucionalidad eficaz y, lo más importante, libre de corrupción.

Sin embargo, existe incertidumbre jurídica de muchas de las medidas de implementación que son diseñadas como medidas provisionales y definitivas. Ejemplo de esto

es lo concerniente a la inversión de recursos públicos de municipios (como es el caso de Bogotá en la cuenca alta o cuenca baja del río Bogotá), donde eventualmente podrían llegar a existir cuestionamientos por parte del órgano de control fiscal; o cómo se podría articular un Consejo Estratégico de Cuenca que no sea un fortín o aparato burocrático y un órgano decisorio responsable y eficaz para lograr en el mediano plazo la descontaminación de uno de los ríos más contaminados del mundo; o cómo se podría lograr sinergias de la educación, investigación y planeación con los órganos ejecutores del fallo.

Es difícil, pero para resolver estos y otros cuestionamientos será necesario entender que la solución al problema está en entender las cuencas como unidad de gestión y en hacer uso del principio –originario del Derecho Internacional Ambiental– que reconoce responsabilidades comunes, pero diferenciadas para lograr esfuerzos políticos, económicos y sociales en pro de la solución.

Finalmente, el fallo reconoce la necesidad de contar en Colombia con una Ley de Aguas como instrumento jurídico que recopile todas las preocupaciones que se trasladan a un sinnúmero de importantes cuencas del país en busca del desarrollo sostenible como preocupación transversal para la administración pública, que involucra funciones de policía administrativa, servicio público y regulación con el único propósito de lograr una gobernanza real y efectiva, y donde la cuenca del río Bogotá (por ser utilizada por cerca de ocho millones de habitantes) es solo una muestra con una notoriedad extrema que se tradujo en su manifestación judicial a través de este caso; pero una adecuada indagación sobre los sistemas hidrológicos que son afectados por la contaminación indiscriminada de mercurio o que son objeto de explotación de material de arrastre sin exigencias técnicas ambientales, entre muchos otros problemas,

desnudará una realidad compleja e ilegítima, frente a la que este fallo es un nuevo paradigma de solución.

Grado de activismo e impacto en políticas públicas	El fallo del río Bogotá representa un activismo judicial fuerte, que se evidencia tanto en el reconocimiento del derecho, como –y especialmente– en las medidas de implementación y seguimiento. El juez constitucional en este caso va mucho más allá de un simple amparo de derechos amenazados o vulnerados y construye un verdadero plan de acción o política pública para afrontar una problemática ambiental que tiene repercusiones en derechos fundamentales como la vida, integridad física, salud, derechos de los niños, en fin un sinnúmero de derechos. En este caso, el juez se convirtió en ordenador de gasto, autor de proyectos de ley, creador de autoridades de regulación y ordenación de cuencas, vigilante de plazos perentorios; lo que evidencia una mutación del papel clásico del juez popular que anulaba o declaraba: hoy es un juez de vanguardia, proactivo y posmoderno en la formulación de políticas públicas, en este caso de tipo ambiental en el marco de la cláusula del Estado Social de Derecho. El impacto en las políticas públicas es evidentemente notorio; primero, hace un llamado a la colaboración armónica de las ramas del poder público en el nivel nacional, regional y local; segundo, plasma unos elementos importantes para construir políticas públicas asociadas con la descontaminación de cuerpos de agua, es decir, pondera los intereses y concluye la necesidad de articular la conservación con el desarrollo económico, y para esto plantea soluciones como parques industriales para el tratamiento de aguas residuales de origen industrial; y tercero, resalta el papel que debe cumplir la sociedad civil: no se puede construir una política pública sin tener en cuenta el conocimiento tradicional de las comunidades, ya que estos son los garantes del cumplimiento de los fallos y al mismo tiempo en socios estratégicos para cumplir los fines y objetivos pretendidos, pues son los destinatarios de las órdenes del juez popular.
---	---

CONCLUSIONES

El activismo judicial parte de la constatación de situaciones generalizadas, sistemáticas y recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos sociales, en nuestro caso, el derecho a gozar de un ambiente sano en cabeza de toda la colectividad como expresión de los derechos de la solidaridad que forman parte de la tercera y discutida cuarta generación de derechos. Durante mucho tiempo los jueces calificaron a este tipo de derechos como “programáticos”, es decir, como unas aspiraciones que algún día debían cumplirse; hoy esta visión ha quedado en el pasado, imponiéndose la eficacia de los derechos colectivos, siendo así que la judicatura le ha impuesto a la Administración obligaciones claras, expresas y exigibles, mediante la petición de adopción de políticas públicas que contengan la acción para garantizar la tutela efectiva de los mismos.

El derecho está en un constante cambio y las Cortes buscan la reivindicación social de los derechos de las personas; por esto, hoy un litigio es incierto en cuanto a la solución que dará el juez, no se sabe a qué tipo de argumentos se enfrentará, que papel cumplirá su ideología, qué tradición defenderá la Corte a la que pertenece y qué grado de activismo buscará plasmar en el fallo.

Esta actuación de los jueces se ha vuelto frecuente en las democracias contemporáneas, donde el Poder Judicial, aunque no sea la instancia ideal, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para plantear soluciones a estos casos, convirtiéndose en dinamizador y promotor de la democracia.

Ahora bien, frente al interrogante de la legitimación de juez constitucional para formular políticas públicas en sus fallos, se debe partir de la necesidad de no desdibujar el arquetipo constitucional que ha previsto el constituyente primario; al contrario, es necesario buscar el máximo equilibrio entre las ramas del poder público; aunque desde antes de proferir una sentencia, ese anhelado equilibrio puede no ser colmado por varias razones, como la deficiente actuación administrativa del Ejecutivo y la precaria labor del Legislativo en su poder de configuración normativa, los cuales deberían ser los actores primarios en busca de la satisfacción plena de las necesidades básicas insatisfechas de la población.

Frente a esto, los jueces constitucionales, llámese Corte Constitucional o Consejo de Estado, en el caso de la justicia colombiana, en sede de constitucionalidad y tutela y acciones populares, respectivamente, han entrado a suplir esta carencia con sus fallos, tensionando el esquema institucional en pos de la defensa sustancial de los derechos que debe garantizar el Estado.

En los casos analizados en este trabajo se evidencia que la autoridad judicial ha debido actuar ante una clara ineficiencia en satisfacer la exigencia de la Constitución Política de 1991 de proteger el medio ambiente y garantizar el desarrollo sostenible en el mediano y largo plazos, a pesar de ser las autoridades administrativas que pertenecen al SINA las encargadas de construir el desarrollo sostenible planificado en el territorio nacional; frente a esta realidad, es claro

que ni el SINA ni sus entidades son capaces de materializar esta competencia constitucional y, por tanto, los jueces han tenido que –en cierta forma– asumirla, generándose un activismo que procura –y se justifica– en la aplicación directa de la llamada Constitución Ecológica.

Sumado a esto, la legitimación para construir políticas públicas está enmarcada en la necesidad de la articulación de los tópicos del medio ambiente, que se han convertido en una temática permanente de toda la acción administrativa: la policía administrativa, el servicio público, la intervención económica y la regulación.

La gran pregunta es si ¿vamos camino hacia el gobierno de los jueces?; este cuestionamiento refleja una problemática que existió en la historia francesa, en la que el temor ante el poder de los jueces se explica por los abusos existentes durante el antiguo régimen, cuando aquellos se quisieron apropiarse del poder mediante el control que ejercían sobre la administración.

En el caso de Colombia –un país megadiverso, rico en recursos hídricos, multicultural, y con diversas condiciones que lo hacen interesante para la inversión extranjera–, la evolución reciente es otra: las administraciones ineficaces y deficientes, en muchas ocasiones, dejan el manejo de los recursos naturales a la deriva, generándose espacios o estados de cosas inconstitucionales, frente a lo cual la figura del juez ha tenido que contrarrestar rápidamente esos espacios y aplicar preferentemente la Constitución Política de 1991; en esta situación resulta necesario implementar un diálogo institucional acotado a los papeles funcionales de los poderes del Estado, de modo que las órdenes del Poder Judicial se orienten a fijar objetivos e insumos para el diseño de las políticas públicas y garantizar progreso constitucional.

Sentado esto, luego de realizado el análisis de caso del derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y Consejo de Estado presentados en este trabajo, cabe extraer varias observaciones y conclusiones importantes, en relación con si en ese activismo existe un exceso funcional en los mismos.

El primer grupo de fallos de la Corte Constitucional –compuesto por los casos Drummond, Relleno Cantagallo y Contaminación de la Bahía de Cartagena–, evidenció un activismo fuerte, donde el juez constitucional cuestiona el manejo ambiental en el país y alerta sobre la vulneración de derechos colectivos de los asociados. En el caso Drummond se destaca la importancia de articular la tecnología ambiental con el manejo y uso de los recursos naturales renovables y no renovables, siendo determinante la calidad del aire y del agua en la calidad de vida de los habitantes, en especial en los proyectos mineros; sin duda, en este punto queda mucho por avanzar para hacer de las actividades extractivas labores ambientalmente sostenibles, pero con este fallo se plantea la urgencia y perentoriedad de abandonar la vieja concepción de la explotación irracional de recursos naturales. Los conceptos de este precedente son muy importantes para otras situaciones análogas que tienen que ser resueltas en el país, como ocurre con la contaminación urbana de las grandes ciudades; en este caso el nivel de activismo es fuerte en la medida que ordena unas medidas, propias de las necesidades del caso, que no fueron previstas por las autoridades ambientales.

En el caso Relleno Cantagallo, reitera la Corte su activismo, al plasmar la gestión integrada de residuos sólidos en Colombia como un asunto neurálgico de la justicia ambiental, y en una forma pragmática y eficaz logra ponderar los intereses privados y públicos, asignando de manera “novedosa” la competencia del licenciamiento del proyecto al órgano rector de la política ambiental en el país –en este

caso MADS– y exhortando a las autoridades ambientales regionales a ejercer su función de seguimiento y control ambiental. La posición del máximo órgano constitucional es progresista, y las medidas de implementación del mismo son fuertes, pues judicializan las competencias administrativas en esta materia.

Y en el caso de la contaminación de la Bahía de Cartagena con el químico Down, el juez constitucional trae a colación un importante principio o máxima orientadora del derecho ambiental, como es el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y –a pesar de haberse consolidado la situación años antes– reconoce la necesidad de garantizar el saneamiento ambiental de la Bahía. Sobre esa base adopta una postura activista fuerte que fija reglas jurisprudenciales útiles y pertinentes para el operador jurídico, pues existen muchos casos como este que no han llegado a los estrados judiciales, donde el componente de recuperación ambiental, la socialización de los daños ambientales puros ocasionados por la ausencia de autoridad ambiental y la irresponsabilidad de los privados al ejecutar actividades peligrosas resultan un aspecto relevante y –en cierta medida– nuevo para el derecho ambiental.

En un segundo grupo de fallos, en los que el juez constitucional construye elementos del ordenamiento territorial y la autonomía de las entidades territoriales, se dan algunas directrices particulares en materia de explotación de recursos naturales no renovables –caso minería–. Se trata de sentencias de constitucionalidad donde resalta, primero, el fallo de la participación de las entidades territoriales en la política minera, en el que se afronta una deuda histórica con los municipios y los departamentos, pues el principio de Estado unitario ha primado sobre la autonomía de las entidades territoriales; para esto, la Corte busca generar espacios de diálogo institucional entre autoridades mineras

y ambientales y así poner en marcha planes, programas y proyectos para aprovechar los recursos naturales en las regiones, y aunque en la sentencia no queda muy claro cómo se hará esta concertación, sí es determinante en cuanto a la articulación y colaboración armónica entre estas.

Segundo, a la vez que la Corte Constitucional tuvo que decidir sobre la compatibilidad de los PINES con el orden constitucional –proyectos muy importantes para la economía del país–, al mismo tiempo analiza y concluye que la minería no puede ser desarrollada en ecosistemas de páramo o estratégicos para el país; este es un pronunciamiento muy importante para el sector ambiental, pero abre la puerta a la incertidumbre jurídica para las empresas y sociedades que se dedican a esta actividad extractiva; la Corte hace un llamado a preservar el derecho al agua de las futuras generaciones y a materializar el principio de desarrollo sostenible en todos los proyectos que se lleven a cabo en el país.

Y, tercero, en este grupo se incluye un relevante fallo atinente al territorio, minería y medio ambiente, en el que se reitera que el Estado centralista sigue marcando los derroteros para la explotación de los recursos naturales; aquí el juez constitucional hace un reconocimiento institucional a la autonomía territorial y a la importancia de participar, activamente, en la edificación de política minera, y aunque este fallo tiene un nivel de activismo menor en cuanto a las medidas de implementación y seguimiento, en el reconocimiento del derecho plasma la visión constante de la Corte en el tema, resaltando la importancia del diálogo institucional de autoridades territoriales y del nivel central.

Finalmente, el último grupo de precedentes analizados está compuesto por tres importantes fallos del Consejo de Estado, como máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El primero de estos es el caso de las

Islas del Rosario, en el que el juez popular reconoce la necesidad de implementar un Modelo de Desarrollo Sostenible para este ecosistema frágil y relevante para la región caribe del país, se identifican una serie de omisiones administrativas en el manejo de los mismos y se les hace un llamado a la colaboración armónica de las entidades del sector ambiental y los particulares que usufructúan estas islas; así se construye un modelo de explotación racional y sustentable desde una actuación jurisdiccional que presenta un nivel de activismo moderado, pues busca una solución articulada de todas las entidades del orden nacional, regional y local, y donde las medidas de implementación judicial también son moderadas.

Asimismo, se analizó el controvertido fallo de los Cerros Orientales de Bogotá, en materia de urbanismo y medio ambiente, cuestionado y analizado por muchos juristas; en el mismo, el juez popular describe la importancia de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho, pero al mismo tiempo presenta la necesidad de proteger espacios para el uso sostenible, conservación y preservación en una ciudad como Bogotá.

Y, por último, se estudió el reciente fallo del río Bogotá, hito o modelo de construcción de políticas públicas de índole ambiental. En este caso el juez popular es diligente, reflexivo, innovador y eficaz en realizar, mediante la sentencia, una gestión integrada de recursos hídricos y salvaguardar el derecho a gozar de un ambiente sano de millones de habitantes afectados por la ausencia de una autoridad ambiental efectiva, dispersión de recursos y falta de voluntad política, aquí se da una solución inmediata y otra a largo plazo; la importancia de este caso es significativa, no solo por la trascendencia del conflicto, sino también por la forma didáctica en que el juez popular construyó el discurso del fallo.

La casuística analizada evidencia que en el Estado colombiano, a pesar de ser un Estado Social de Derecho, existen serias falencias gubernamentales en garantizar los principios de la Constitución Ecológica; posiblemente, la referida falla se relacione a que nunca se ha realizado una evaluación de las políticas públicas desde el punto de vista de la efectividad de los derechos colectivos y las garantías institucionales de los asociados; es decir, se formulan políticas públicas y no se diseñan instrumentos de verificación de sus resultados, ni baterías de indicadores, ni procesos de seguimiento participativo de las mismas. Frente a esto se puede afirmar que es necesario que las entidades del SINA, junto al DNP, diseñen las políticas públicas ambientales con perspectiva de goce efectivo de los derechos fundamentales y derechos colectivos de los asociados, políticas que en el actual estado de evolución de los conflictos y su solución no resultarían plenamente legitimadas si no tuvieran en cuenta los insumos que ha generado la jurisprudencia.

Ante esta realidad, pareciera que los límites de la función judicial deben ser muy amplios frente a omisiones que vulneran los derechos individuales o colectivos, siendo indudable que el juez constitucional se ha convertido en un actor de las políticas públicas ya que –en razón del ejercicio de las funciones judiciales– evidencia situaciones socialmente relevantes, formula posibles soluciones, ordena su implementación y evalúa todo el proceso, como se evidencia en el actuar de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado analizado en este trabajo. Estas Altas Cortes crean Derecho Ambiental al darle contenido normativo al derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; es su interpretación la que establece en cada caso el alcance de las medidas de implementación y seguimiento adoptadas para la administración pública, y así la Administración no solo está sujeta al cumplimiento literal de la norma, sino

a los elementos de juicio y procedimientos contruidos en cada caso en concreto por los jueces activistas.

El activismo judicial, en materia ambiental, ha impactado, de este modo, en la construcción de las políticas públicas, pues los jueces cumplen el papel moderno de ser verdaderos actores para diseñar los elementos que deben contener estas políticas, y a través de este rol han hecho un llamado para que las administraciones públicas, en este caso, todas las entidades del SINA, cumplan sus funciones de manera articulada, eficaz y oportuna.

El análisis efectuado muestra la viabilidad institucional de que un fallo judicial pueda ordenar a las otras dos ramas del poder público, ejecutiva y legislativa, la adopción de medidas propias de sus responsabilidades, que hasta ese momento eran omitidas en perjuicio de los derechos colectivos, incluyendo estos aspectos propios de la formulación de políticas públicas. Hasta ahora, no se identifican casos en los que el juez adopte, en forma directa, las medidas que deben integrar la ejecución de esas políticas, como podría ser el otorgamiento de una licencia ambiental, la convocatoria a una audiencia pública, entre otros; siempre se ha respetado el principio de legalidad en sentido estricto, aunque lo que sí es una realidad clara y reiterada, es que el juez busca enviarles un mensaje preciso a las autoridades destinatarias de las órdenes estructurales, a los organismos de control vinculados para hacer seguimientos a este tipo de sentencias y a los grupos interesados en el litigio estructural ante esa Corporación.

A lo largo de este trabajo se evidenció que el juez constitucional ha creado una interesante categoría de políticas públicas para obligar a las autoridades a emprender acciones efectivas que garanticen la faceta programática de los derechos constitucionales. Con esto, en lugar de sustituir la voluntad democrática, la Corte llama a los órganos

competentes a actuar y rendir cuentas. Los escenarios y la formalización del concepto de políticas públicas de la Corte, asuntos aquí explorados, indican que su narrativa jurisprudencial está lejos de querer sustituir la voluntad democrática o de buscar un gobierno de los jueces.

Con todo esto, es pertinente reiterar que la intervención de las Cortes en las políticas públicas ambientales debe ser medida, pues debe respetar las competencias, en obediencia al principio de separación de poderes –entendido como colaboración armónica– y sin extralimitaciones. Además, el juez tiene la obligación de fallar en derecho, y su intervención en las políticas públicas siempre debe contar con este sustento y evidenciar su inserción en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta algunos criterios técnicos que resultan ser muy importantes a la hora de tomar una decisión de tipo ambiental.

El activismo judicial implementado con esos límites no es contrario al sistema de pesos y contrapesos –*system of checks and balances*– diseñado por el constituyente en 1991; al contrario, busca un dialogo institucional armónico, donde los poderes colaboran entre sí, y el único objetivo es la tutela efectiva de los derechos de los asociados para poder generar situaciones de bienestar general y colectivo en todo el territorio nacional.

En definitiva, este trabajo brinda elementos que permiten afirmar que las Altas Cortes de Colombia –Corte Constitucional y Consejo de Estado– tienen una clara tendencia activista, que es constructiva y pragmática, eficaz e idónea y útil e innovadora, al incidir, de manera notoria, en el diseño e implementación de las políticas públicas ambientales.

En este sentido, en coincidencia con Henao (2013), entendemos que la mayor legitimidad del juez es dada por la coherencia, la fundamentación, la solidez, la redacción y la lógica de sus sentencias. Es por esto que las Altas Cortes, a

las que no les han faltado esas características al momento de sentenciar, han generado su propia legitimación en lo que tiene que ver con la construcción desde los tribunales de políticas que son propias del Estado Social de Derecho, tutelando, de manera efectiva, los derechos ambientales para generar satisfacción plena y calidad de vida de los habitantes del territorio nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- AA.VV. (2006). *La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina*. New York: Banco Interamericano de Desarrollo y Harvard University.
- AA.VV. (2008). *Sistema Nacional Ambiental SINA 15 Años. Evaluación y Perspectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- AA.VV. (2013). El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: Una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana. *Vniversitas*, 121-151.
- Aguilar, G., Gajardo, B., & León, A. (2015). Equidad, inclusión social y democracia: Una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca*, 373-396.
- Aja, E. (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Álvarez, G. (2008). El papel de los diferentes actores del SINA: Dificultades y perspectivas. En V. AA, *Sistema Nacional Ambiental SINA 15 Años Evaluación y perspectivas* (pp. 91-167). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Amaya, A. (2016). *El principio de no regresión en materia ambiental*. Madrid: Iustel.
- Amaya, O. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano: El desarrollo sostenible como contenido esencial para configurar la naturaleza fundamental del derecho a gozar de un ambiente sano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Andrade, A. (1994). *El ordenamiento territorial en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Comisión del ordenamiento territorial*. Bogotá: Instituto Geográfico Agustín Codazzi.
- Arango, R. (2016). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Universidad de los Andes.
- Arenas, J. (2011). *Falacias constitucionales: un análisis ambiental de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a las fumigaciones de cultivos de uso ilícito*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Arroyave, S. (2011). Las políticas públicas en Colombia. Insuficiencias y desafíos. *Forum*, 95-111.
- Barak, A. (2006). *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University.
- Berizonce, R. (2012). Virtualidad y proyecciones del movimiento del acceso a la justicia. *Derecho y Ciencias Sociales*, 25-37.
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 81-94.
- Bernal, C. (9 de junio de 2016). El estado de cosas inconstitucional y su verificación. *Ámbito Jurídico*, pág. 12. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/el-estado-de-cosas-inconstitucional-y-su-verificacion>

- Betancor, A. (2015). *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwers.
- Bolick, C. (Mayo de 2007). *David's Hammer. The Case for an Activist Judiciary*. Washington, D.C.: Cato Institute.
- Bolick, C. (Mayo de 2007). Viva el Activismo judicial. *Gaceta de los negocios*.
- Brinks, D., & Gauri, V. (2014). Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. En AA.VV., *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 293-321). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Cabrillo, F. (2011). Cabrillo, Francisco. "Un análisis económico de la administración de justicia: ¿Qué maximizan los jueces? *Derecho y economía*, 25-45.
- Cafferatta, N. (2010). *El rol del juez* (Vol. xxvi). Buenos Aires: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente -PNUMA- Jurisprudencia Ambiental.
- Castaño, J. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado* (31), 119-160.
- CDB, PNUMA. (2009). *La prevención de los riesgos de la biotecnología y el medio ambiente*. Montreal: Secretaría Técnica del Convenio de Diversidad Biológica.
- Charry, J. (7 de Septiembre de 2015). Constitución: límite efectivo, incluso para el juez constitucional. *Ámbito Jurídico*, pág. 12. Obtenido de [https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120907-08\(constitucion_limite_efectivo_incluso_para_el_juez_constitucional\)/noti-120907-08\(constitucion_limite_efectivo_incluso_para_el_juez_constitucional\).asp](https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120907-08(constitucion_limite_efectivo_incluso_para_el_juez_constitucional)/noti-120907-08(constitucion_limite_efectivo_incluso_para_el_juez_constitucional).asp)

Chayes, A. (1976). The role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89 (7), 1281-1316.

Chevalier, J. (2011). *El estado posmoderno*. (O. Pérez, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2014). *Función de Advertencia contaminación Bahía de Cartagena 2014 EE0139599*. Bogotá: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Recuperado el 11 de Noviembre de 2016, de http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/182814564/FA_2014EE0139599-MinAmb

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). *Informe sobre el Estado de los Recursos Naturales y del Ambiente 2015-2016*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Correa, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

De Fazio, F. (2011). Reseña "Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica Duncan Kennedy". *Revista SAAP*, 462-464.

De Sousa, B., & Garcia, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Dworkin, R. (1981). The forum of principle. *NYU School of Law* (56), 469.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Embid, A. (2014). El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En AA.VV., *Derecho Procesal Ambiental* (pp. 51-85). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Escobar, L. (2006). La actividad constitucional del Consejo de Estado Colombiano. *Vniversitas*(111), 65-94.
- Farrera, G. (2010). Partidos verdes y movimientos ecologistas. *Matices*, V (12), 81-104.
- Feoli, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 173-198.
- Ferrajoli, L. (2005). *Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*. Madrid: La Ley.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Roma: TROTTA.
- Fiss, O. (1978). *Civil rights injunction*. Indiana: Indiana University Press.
- Foladori, G. (2005). Una tipología del pensamiento ambientalista. En G. Foladori, & N. Pierri, *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable* (pp. 83-136). México: Universidad Autónoma de Zacatecas-Miguel Angel Porrúa.
- Garavito, C., & Rodríguez, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- García, E., & Fernández, T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I*. Cizur Menor: Civitas S.A.
- García, J., & Verdugo, S. (2013). *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Gómez, A. (3 de julio de 2011). *Periódico El Espectador*. Recuperado el 12 de enero de 2017, de El activismo de la Corte Constitucional: ¿La audacia de la esperanza o la esperanza hueca?

- A propósito del balance de la Constitución de 1991: <http://blogs.elspectador.com/politica/cosmopolita/el-activismo-de-la-corte-constitucional-la-audacia-de-la-esperanza-o-la-esperanza-hueca-a-proposito-del-balance-de-la-constitucion>
- Gómez, I. (2009). Conflictos entre los derechos a la propiedad y el medio ambiente en los Cerros Orientales de Bogotá y la inseguridad jurídica. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 223-246.
- Gómez, J. (2015). El criterio de sostenibilidad fiscal: un cuestionamiento sobre los efectos del Acto Legislativo 03 de 2011. *Revista de Derecho Público*, 1-32.
- González, H. (22 de Noviembre de 2016). *El Colombiano*. Obtenido de El activismo de la Corte Constitucional: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/el-activismo-de-la-corte-constitucional-DF5412476>
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Temple University Legal Studies Research Paper No. 2009-32*, 58 (5), 1195-2009. Obtenido de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Roma: Trotta.
- Güiza, L., & Rodríguez, C. (2015). La judicialización de los conflictos ambientales: un estudio del caso de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá (CHRB), Colombia. *Revista Internacional Contaminación Ambiental*, XXXI (2), 195-209.
- Guzmán, L. (2015). *Las aguas residuales en la jurisprudencia del Consejo de Estado: Periodo 2003-2014*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Guzmán, L. (2016). Financiamiento climático. En P. García, & O. Amaya, *Retos y compromisos jurídicos de Colombia frente al Cambio Climático* (pp. 476-523). Bogotá: Universidad Externado de Colombia "En prensa".
- Guzmán, L. (11 de Julio de 2016). *La Silla Vacía*. Recuperado el 2 de Enero de 2017, de El activismo judicial de la Corte Constitucional en materia minera: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/el-activismo-judicial-de-la-corte-constitucional-en-materia-minera>
- Guzmán, L. (2 de Octubre de 2016). Posconflicto y Medio Ambiente. *Periodico Enteresé*, pp. 2-4. Recuperado el 11 de octubre de 2016, de <http://www.periodicoenterese.com/ct-menu-item-24/ct-menu-item-26/160-columnista/5508-posconflicto-y-medio-ambiente>
- Guzmán, L. (2016). Valoración de Costos Ambientales: aspectos teóricos y críticos. En AA.VV., *Instrumentos económicos y financieros para la gestión ambiental* (pp. 332-357). Bogotá: Universidad Externado de Colombia "En prensa".
- Guzmán, L., & Ubajoa, J. (2015). Línea jurisprudencial sobre el derecho a gozar de un ambiente sano. Especial referencia a dos tesis de la Corte Constitucional. En AA.VV., *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente Tomo xv* (pp. 15-39). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Henao, J. (2013). El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 67-102.
- Henao, J. (2013). La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes judiciales. En A. Ospina Fernández, *Los grandes falos de la jurisprudencia*

- administrativa colombiana* (pp. 19-43). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera, R. (2001). Las corporaciones autónomas regionales y la justicia ambiental. En AA.VV., *Justicia Ambiental: Las acciones judiciales para la defensa del Medio Ambiente* (pp. 13-25). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.
- Hervé, D. (2010). Noción y elementos de la justicia ambiental: Directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, I (31), 9-36.
- Hogg, P., & Bushell, A. (2014). El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. En R. Gargarella, *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 17-51). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- IDEAM. (2014). *Estudio Nacional del Agua*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid.
- Kenedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lambert, E. (1921). *Le gouvernement des juges at la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois*. París: M. Giard & Cie.
- Landau, D. (2010). Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, 51 (2).

- Lemaitre, J. (2016). La participación directa y los Acuerdos de Paz: Entre el buen gobierno, la escucha atenta y el poder del pueblo. En AA.VV., *Perspectivas jurídicas para la paz* (pp. 141-173). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lindquist, S. (2009). *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press.
- López, D. (2004). *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, G. (2011). El juez Constitucional colombiano como legislador positivo ¿Un gobierno de los jueces? *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (24), 169-193.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México: Editorial Porrúa.
- Maranielo, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Revista de Ciencias Sociales Tla-Melau*, 46-83.
- Martínez, A. (30 de septiembre de 2016). *Atlas de Justicia Ambiental*. Obtenido de Environmental Justice Atlas: <https://ejatlas.org/>
- Mejía, J., & Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Justicia*, 30-41.
- Montecinos, E. (2014). Diseño institucional y participación ciudadana en los presupuestos participativos: Los casos de Chile, Argentina, Perú, República Dominicana y Uruguay. *Política y Gobierno*, 351-378.
- Montes, C. (2014). *Hacia la construcción de un concepto de residuo sólido que favorezca su gestión integral*. Bogotá: Tesis Doctoral Universidad Externado de Colombia.

- Muñoz, R. (2009). *La protección del medio ambiente marino, insular y costero y el caso de las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Iustel.
- Naranjo, V. (2001). El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político. En AA.VV.
- Neme, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 79-125.
- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*, 45-76.
- OCDE. (2014). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Colombia 2014*. Bogotá: OCDE y CEPAL.
- Olano, H. (2005). *La justicia constitucional colombiana, ¿Un gobierno de los jueces?* Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Ordoqui, G. (2011). *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus Editorial.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En AA.VV., *Justicia constitucional y derechos fundamentales: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. (pp. 91-117). Berlín/ Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Parejo, L. (1991). *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pasara, L. (2004). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*. México: UNAM.

- Pasara, L. (2007). Estado de derecho y justicia en América Latina. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 320-330.
- Pérez, M. (2007). *Economía y fallos constitucionales: La experiencia colombiana desde la vigencia de la Carta Política de 1991 hasta 2003*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinto, M., & Martin, L. (2011). Entre el equilibrio constitucional de poderes y la protección eficaz del ambiente: declaración jurisdiccional de una zona crítica de protección y servidumbre de paso ambiental en la causa "Mendoza". *Revista de Derecho Ambiental*, 132-146.
- Pinto, M., & Martin, L. (2015). La inconclusa revolución jurisprudencial del derecho ambiental argentino. En AA.VV., *Agua, Energía, Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental* (pp. 337-366). Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.
- Pisarello, G. (2000). Reseña bibliográfica del libro "El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos" de Javier Dorado Porras. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2.
- Plazas, M. (7 de septiembre de 2015). El estado de cosas inconstitucional. *Ámbito Jurídico*, p. 12. Obtenido de [https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120907-06\(el_estado_de_cosas_inconstitucional\)/noti-120907-06\(el_estado_de_cosas_inconstitucional\).asp](https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120907-06(el_estado_de_cosas_inconstitucional)/noti-120907-06(el_estado_de_cosas_inconstitucional).asp)
- Posner, R. (2000). *El análisis económico del Derecho*. (E. Suárez, Trad.) México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Pujadas, R. F. (1998). *Ordenación y planificación territorial*. Madrid: Editorial Síntesis.
- Quintero, J. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 70-81.

- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Author.
- Rincón, J. (2012). *Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roa, J. (2015). *El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, C. (2013). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 214.
- Rojas, C., & Montes, C. (2016). El uso del mercurio y sus repercusiones en el ambiente y la salud pública en Colombia. En J. Henao, & P. García, *Minería y Desarrollo. Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en la actividad minera* (pp. 37-71). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saffon, M., & García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 75-107.
- Santofimio, J. (2009). *Derecho urbanístico-legislación y jurisprudencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sierra Porto, H. (2010). Problemática de la justicia en Colombia: Criterios para su análisis. *VI Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp. 1-27). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sierra, G. d. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia. Textos de jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Torres, L. (2013). El activismo judicial en la era neoconstitucional. *Iuris Dictio*, 15, 65-80.
- Tushnet, M. (2009). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Uprimny, R., & Rodríguez, A. (2008). *Interpretación judicial: módulo de autoformación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.
- Valencia, J. (2014). *El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia. Entre la validez formal y la eficacia material*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Velilla, M. (2014). Procesos judiciales y medio ambiente. En AA.VV., *Derecho Procesal Ambiental* (pp. 235-255). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velilla, M. (2014). Procesos Judiciales y Medio Ambiente. En A.A. vv., *Derecho Procesal Ambiental* (pp. 233-259). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vergara, A. (Noviembre de 2015). Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial. *Centro UC de Políticas Públicas. Temas de la Agenda Pública* (83), 1-12.
- WWF. (1 de Octubre de 2001). *La Declaración de Posición de WWF "La Pobreza y el Ambiente"*. Recuperado el 11 de octubre de 2016, de <http://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/pobrezayambiente/declaraciondeposiciondewwf.pdf>
- Zaiden Benvindo, J. (2010). *On the limits of Constitutional Adjudication*. Alemania: Ed. Springer.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2010, N°. Rad.: 4400123310002005-00328-01. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 2500023250002005-00662-03. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°. Rad.: 2500023250002003 91193-01. M.P.: María Elizabeth García González.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, N°. Rad.: 2500023270002001-90479-01. M.P.: Marco Antonio Velilla.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2013, N°. Rad.: 250002324000201100227 01. M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 2005, N°. Rad.: 1687. M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 11 de diciembre de 2014, N°. Rad.: 1100103060002014-00248(2233) 01. M.P.: William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 26 de junio de 2015, N°. Rad.: 760012331000200400656 01. M.P.: María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 24 de noviembre de 2011, N°.

Rad.: 25000-23-24-000-2011-00654-01. M.P.: María Elizabeth García González.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo de 2014, N°. Rad.: AP-115. M.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 1998. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-1077 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-326 de 2012. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2014. M.P.: María Victoria Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-462A de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2015. M.P.: Luis Ernesto Silva Vargas.

Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2016. M.P.: María Victoria Calle.

Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-192 de 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto Ley 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Decreto 622 de 1977. Por el cual se reglamentan parcialmente el Capítulo V, Título II, Parte XIII, Libro II del Decreto Ley 2811 de 1974 sobre Sistema de Parques Nacionales; la Ley 23 de 1973 y la Ley 2 de 1959.

Decreto 2372 de 2010. Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto Ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1076 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Ley 2 de 1959. Por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la nación y conservación de recursos naturales renovables.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2017

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem