



REFLEXIONES Y DESAFÍOS DEL DERECHO AMBIENTAL LATINOAMERICANO

Compiladora/Directora
Ana María Roldán Villa

REFLEXIONES Y
DESAFÍOS DEL
DERECHO AMBIENTAL
LATINOAMERICANO

Compiladora/Directora
Ana María Roldán Villa

Rodríguez, Gloria Amparo

Reflexiones y desafíos del derecho ambiental latinoamericano [Recurso electrónico] / Alexandra Cumbe Figueroa, Erika Castro-Buitrago, Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Héctor Betancur Moncada, Steven Moncada Correa, Ana María Roldán Villa, Andrés Gustavo Pérez Medina, Fernanda Mallmann, Haide María Hupffer, André Rafael Weyermüller; compilación y dirección de Ana María Roldán Villa. — Medellín: Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó, 2023

Archivo PDF [142 p.]

Texto resultado de investigación

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo

ISBN: 978-958-8943-93-0

DERECHO AMBIENTAL - AMÉRICA LATINA - INVESTIGACIONES; DERECHO AMBIENTAL - COLOMBIA - CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991; DERECHO AMBIENTAL - PARTICIPACIÓN CIUDADANA; JUSTICIA CLIMÁTICA - AMÉRICA CENTRAL; DERECHO MINERO - COLOMBIA - LEGISLACIÓN; DERECHO AMBIENTAL - BRASIL; PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN - BRASIL: Cumbe Figueroa, Alexandra, Castro-Buitrago, Erika, Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo, Moncada Correa, Steven, Betancur Moncada, Héctor, Pérez Medina, Andrés Gustavo, Mallmann, Fernanda, Hupffer, Haide María, Weyermüller, André Rafael, Roldán Villa, Ana María, directora y compiladora,; Rodríguez, Gloria Amparo

Ubicación: Virtual. Libro del Fondo Editorial

REFLEXIONES Y DESAFÍOS DEL DERECHO AMBIENTAL LATINOAMERICANO

© Universidad Católica Luis Amigó

ISBN (Versión digital):

978-958-8943-93-0

<https://doi.org/10.21501/9789588943930>

Fecha de edición:

12 de diciembre de 2023

Compiladora/Directora

Ana María Roldán Villa

Autores:

Gloria Amparo Rodríguez

Alexandra Cumbe Figueroa

Erika Castro-Buitrago

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Ana María Roldán Villa

Steven Moncada Correa

Héctor Betancur Giraldo

Andrés Gustavo Pérez Medina

Fernanda Mallmann

Haide María Hupffer

André Rafael Weyermüller

Jefe Fondo Editorial:

Carolina Orrego Moscoso

Asistente Editorial:

Luisa Fernanda Córdoba Quintero

Diagramación y diseño:

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrección de texto:

Leidy Andrea Ríos Restrepo

Editor:

Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó

Transversal 51A 67B 90. Medellín, Antioquia-Colombia

Tel: (604) 448 76 66

www.ucatolicaluisamigo.edu.co – fondo.editorial@amigo.edu.co

Capítulos resultados de investigación

Esta obra ha sido evaluada por pares, aprobada por el Fondo Editorial de la Universidad Católica Luis Amigó y editada bajo procedimientos que garantizan su normalización. Cumple, además, con el depósito legal en los términos de la normativa colombiana (Ley 44 de 1993, Decreto reglamentario No. 460 de marzo 16 de 1995, y demás normas existentes).

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Publicación financiada por la Universidad Católica Luis Amigó.

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor; por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó. Así mismo, declaran la inexistencia de conflictos de interés de cualquier índole con instituciones o asociaciones comerciales.

Para citar este libro siguiendo las indicaciones de la séptima edición en español de APA:

Roldán Villa, A. M. (Dir). (2023). *Reflexiones y desafíos del derecho ambiental latinoamericano*. Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó.

<https://doi.org/10.21501/9789588943930>



El libro *Reflexiones y desafíos del derecho ambiental latinoamericano*, publicado por la Universidad Católica Luis Amigó, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

AGRADECIMIENTOS

Esta obra es posible gracias a la participación de múltiples personas quienes, mediante su trabajo arduo y silencioso, hacen posible la difusión del conocimiento académico que los autores generosamente aportaron. Un agradecimiento especial a la Red de Derecho América Latina y del Caribe por su invaluable gestión en la promoción de espacios académicos y dinamización de diálogos entre universidades, grupos de investigación, docentes y estudiantes en torno a las ciencias jurídicas. Al doctor Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, gestor del *I Encuentro del Grupo de Debates Contemporáneos en Derecho Ambiental: Constitucionalismo Ambiental en América Latina y el Caribe* realizado por la Universidad Católica Luis Amigó y la Red de Derecho América Latina y del Caribe el 20 de septiembre de 2022, evento desde el cual surge la propuesta editorial. Por último, a los autores, quienes comparten sus valiosas reflexiones, propuestas y preocupaciones sobre asuntos ambientales.

ÍNDICE GENERAL

| | Pág. |
|---|------|
| PRESENTACIÓN Ana María Roldán Villa | |
| EL ENFOQUE ÉTNICO Y AMBIENTAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: ENCUENTROS Y RETOS Gloria Amparo Rodríguez Alexandra Cumbe Figueroa | 9 |
| DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y GOBERNANZA AMBIENTAL EN COLOMBIA Erika Castro-Buitrago | 29 |
| INSTITUCIONALIDAD Y MARCOS JURÍDICO-POLÍTICOS PARA UNA JUSTICIA CLIMÁTICA EN CENTROAMÉRICA Jorge Eduardo Vásquez Santamaría Ana María Roldán Villa | 51 |
| PENALIZACIÓN DE LA MINERÍA LEGAL EN COLOMBIA Steven Moncada Correa Héctor Betancur Giraldo | 79 |
| PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DESDE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: CONSULTAS POPULARES EN COLOMBIA, JUSTICIA AMBIENTAL Y EL ACUERDO DE ESCAZÚ Andrés Gustavo Pérez Medina | 100 |
| A (IN)COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELAS CORTES BRASILEIRAS Fernanda Mallmann Haide Maria Hupffer André Rafael Weyermüller | 120 |
| REFLEXIONES FINALES | 141 |

PRESENTACIÓN

Reflexiones y desafíos del derecho ambiental: América Latina y Centroamérica

Ana María Roldán Villa

Las preocupaciones en torno al ambiente no son recientes. Desde hace varias décadas científicos, académicos, activistas y políticos han propiciado acalorados debates sobre las problemáticas ambientales avizoradas globalmente, sus causas y las medidas que requieren tomar los países en el ámbito local e internacional para contrarrestar los devastadores efectos que se han producido.

Los países de América Latina y del Caribe han mostrado un progreso significativo en el desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial, así como en la creación de políticas nacionales y regionales. Por ejemplo, la región constituye un referente internacional por la consolidación del llamado *constitucionalismo ambiental*, ya que la mayoría de los países reconocen los derechos ambientales en sus constituciones, de los cuales derivan obligaciones de protección. Tal es el caso de Ecuador que reconoce en su Carta Política a la naturaleza como sujeto de derechos; o Bolivia que, si bien no hace explícito dicho reconocimiento de derechos, varias de sus disposiciones admiten la importancia de la naturaleza y de la Madre Tierra, y promueven su cuidado y protección.

Por su parte, Colombia incorporó en 1991 los derechos colectivos y del ambiente, los cuales se materializan a lo largo del texto y disponen que el ambiente es un principio rector, orientador del Estado para el desarrollo de sus funciones y un derecho constitucional. Mientras que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se ha dado vía jurisprudencia mediante la cual se han reconocido ríos, páramos y selvas.

Aunque los esfuerzos normativos son relevantes, los debates en torno a los asuntos medioambientales, principalmente sobre la efectividad de las medidas planteadas, siguen generando serios cuestionamientos ya que no se vislumbra una real protección al ambiente.

Reflexiones y desafíos del derecho ambiental latinoamericano tiene como propósito divulgar los resultados de investigación relacionados con los debates contemporáneos en materia ambiental que están presentes en la región. El texto no pretende mantener una secuencia temática lógica y congruente, sino que apuesta por evidenciar la diversidad propia de esta disciplina, e intenta acercar a los lectores a las diferentes temáticas relacionadas con sus necesidades e intereses.

En el primer texto, denominado *El enfoque étnico y ambiental de la Constitución Política de 1991: encuentros y retos*, las autoras Gloria Amparo Rodríguez y Alexandra Cumbe Figueroa exponen magistralmente el desarrollo constitucional y legal de Colombia en el reconocimiento de los grupos étnicos y resaltan su importancia en la protección ambiental derivada de su relación de interdependencia. Abordan los significativos avances jurisprudenciales en la protección y conservación de la riqueza ambiental por medio de conceptos como *derechos bioculturales y justicia ambiental*; además, reconocen los retos vigentes relacionados con la efectividad de las normas y la garantía de participación de las comunidades en las decisiones ambientales.

En el segundo capítulo titulado *Democracia participativa y gobernanza ambiental en Colombia*, Erika Castro-Buitrago desarrolla las distintas acepciones de *gobernanza ambiental* en las políticas públicas colombianas, identifica los atributos comunes y resalta la estrecha relación que mantiene con la democracia participativa; este último, principio esencial que debe ser garantizado como vía para la toma de decisiones y para la resolución de conflictos ambientales.

El tercer capítulo, de autoría de Jorge Eduardo Vásquez Santamaría y Ana María Roldán Villa, titulado *Institucionalidad y marcos jurídico-políticos para una justicia climática en Centroamérica*, presenta la evolución jurídica, política e institucional del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), que está encaminado a enfrentar los efectos de la crisis climática. Además, desarrolla los marcos legales que, a raíz de los esfuerzos y directrices regionales, se han ido gestando de manera interna en los países centroamericanos.

Más adelante el lector podrá adentrarse en una de las problemáticas ambientales que mayor discusión genera: la minería en Colombia. Steven Moncada Correa y Héctor Betancur Giraldo, en el texto *Penalización de la minería legal en Colombia*, realizan un análisis legal y jurisprudencial del Artículo 333 de la Ley 599 de 2000, el cual contribuye al álgido debate en torno a la ilegalidad de la minería legal. Proponen los autores que, pese a que obre un permiso de autoridad competente para el ejercicio de la actividad minera, puede tipificarse una conducta punible por la contaminación generada.

En el sexto capítulo, *Poder constituyente y democracia participativa desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: consultas populares en Colombia, justicia ambiental y el Acuerdo de Escazú*, Andrés Gustavo Pérez Medina, aborda, desde una perspectiva teórica, los conceptos de *democracia participativa* y *poder constituyente* consagrados en la Constitución Política de 1991. Analiza la evolución jurisprudencial del mecanismo de la consulta popular y el cambio de interpretación de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia SU-095 de 2018, el cual es considerado como un retroceso al principio de democracia participativa y va en detrimento de la defensa del ambiente y el territorio.

Finalmente, en el texto *A (in)compreensão do princípio da precaução pelas cortes brasileiras*, Fernanda Mallmann, Haide Maria Hupffer y André Rafael Weyermüller exploran los elementos para la aplicación de los principios de prevención y precaución en los tribunales brasileños, así como la dificultad que se presenta en la distinción y comprensión de ambos conceptos. Destacan los obstáculos prácticos que aún persisten en la aplicación del principio de precaución y advierten la necesidad de continuar clarificando el contenido de sus elementos estructurales: incertidumbre científica y riesgo de daño.

Para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, mediante su publicación *Colecciones Jurídicas*, es muy satisfactorio entregar a los lectores este libro, cuyos aportes esperamos contribuyan al debate, necesario y urgente, sobre la protección y conservación del ambiente, y al fortalecimiento del derecho ambiental.

EL ENFOQUE ÉTNICO Y AMBIENTAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: ENCUENTROS Y RETOS¹

Gloria Amparo Rodríguez*, Alexandra Cumbe Figueroa**

Introducción

La sociedad colombiana es cultural y étnicamente diversa. El país cuenta con cuatro grupos étnicos reconocidos: los pueblos indígenas, la población raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, las comunidades negras o afrocolombianas —que incluye a los Palenqueros del corregimiento de San Basilio de Palenque— y la población rom o gitana, de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2021). Según el DANE (2018), de las 48.258.494 personas que componen la población nacional, el 9,34 % hace parte de las comunidades negras, raizales y palenqueras, es decir, 4.671.160 personas. Asimismo, el 4,4 % de la población, es decir, 1.905.617 personas pertenecen a 115 pueblos indígenas en todo el territorio nacional; el 0,006 % la población, es decir, 2.649 personas, se autoreconocen como gitanas o rom. Sin embargo, muchas de estas colectividades han sido históricamente consideradas como *inferiores* a la cultura mayoritaria hegemónica.

¹ Capítulo derivado del proyecto de investigación “Conflictos Ambientales en Territorios Indígenas” de la línea de investigación en derecho ambiental, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2013-2025.

* Profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, abogada y doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Derecho Ambiental, Derecho Médico y Sanitario y Negociación, Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario. Cuenta con diferentes publicaciones sobre derecho ambiental, participación ciudadana, consulta previa y derechos étnicos. Ha sido conjuer de la Corte Constitucional y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actualmente es magistrada de la Jurisdicción Especial para la Paz y lidera la Escuela de Derecho Ambiental. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4194-1259>. Correo electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co

** Abogada de la Universidad La Gran Colombia, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y estudiante del Doctorado en Derecho de la misma Universidad. Profesora en el Programa de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8407-2671>. Correo electrónico: alexandracumbef@gmail.com

Ante ello, como forma de resolver las discriminaciones históricas, se iniciaron las transformaciones constitucionales de América Latina a partir de los años ochenta, las cuales supusieron modificaciones con las que buscaban la articulación del proyecto polícoliberal con los retos del siglo XXI. Así, la Carta Política colombiana, por ejemplo, amplió la carta de derechos, el reconocimiento de la diversidad cultural de la nación y la protección ambiental. Asimismo, dispuso la salvaguarda de las diferentes formas de vida y de relacionamiento con la naturaleza, mientras que impulsaba el proyecto de apertura económica y la flexibilización de los mercados como respuesta a la globalización (Rodríguez, 2016).

De manera que, la Constitución Política colombiana, si bien fue innovadora en su momento, al incluir disposiciones relacionadas con la protección de la naturaleza y la diversidad cultural, estas no se relacionaban entre sí, excepto cuando se abordan aspectos de explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, en cuyo caso se reconoció el derecho de estas comunidades a la consulta previa (Bonilla-Maldonado, 2019). La falta de articulación entre las distintas disposiciones constitucionales generó tensiones entre los derechos y las garantías étnicas y, el proyecto político y económico del nuevo siglo, que significaron nuevas formas de despojo material e inmaterial (Santos, 2010; Muñoz-Onofre, 2016). A pesar de ello, el texto constitucional colombiano significó un punto de referencia en los procesos de renovación constitucionales en la región andina, especialmente con el desarrollo jurisprudencial que ha tenido en materia de protección ambiental y cultural. En la tarea de interpretación constitucional se introdujeron figuras que pretenden abandonar la visión tradicional exclusivista y monista del derecho y, en su lugar, reconocer la diversidad étnica y cultural (Rodríguez, 2016). La diversidad cultural se comprende como un eje estructural de la sociedad y, por tanto, se explica la pluralidad cultural como un principio que pretende guiar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a partir del reconocimiento, el respeto y la convivencia equilibrada y armónica en medio de la diferencia (Cortés-Gómez, 2009).

Asimismo, teniendo en cuenta que Colombia es el segundo país más biodiverso, en el que están aproximadamente el 10 % de las especies de fauna y flora del mundo gracias a los diferentes ecosistemas, pisos térmicos y accidentes geográficos del territorio nacional, según el Sistema de Información sobre Biodiversidad de Colombia (SIB, 2022), y los crecientes retos en torno al aumento de la degradación y deterioro ambiental, se incluyeron dentro de la Carta Política de 1991 un gran número de disposiciones en materia ambiental, que han sido desarrolladas y ampliadas por la Corte Constitucional de Colombia. De esta manera, se propuso una visión política y social que reconociera al ambiente como un asunto esencial para el desarrollo humano, cuya defensa se entendería como uno de los fines del Estado social de derecho (Rodríguez, 2022).

En este panorama constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha tenido un importante rol en el desarrollo de los derechos étnicos y ambientales. En especial porque se ha reconocido la relación de interdependencia entre ambos y se ha

avanzado en prerrogativas que buscan garantizar de manera integral la diversidad cultural y la riqueza natural del país. En esos términos, se abordará en las siguientes líneas el enfoque étnico y ambiental de la Constitución Política de 1991. Para ello, se tendrá como orden el siguiente: En primer lugar, se hará referencia al reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación. En segunda medida, se estudiará el carácter ambiental de la Constitución colombiana. En tercera instancia, se presentarán algunos encuentros y desarrollos constitucionales de los derechos étnicos y ambientales, y su relacionamiento. En cuarto lugar, se examinarán los derechos bioculturales como prerrogativas que pretenden garantizar de manera integral los derechos étnicos y ambientales de los grupos étnicos. Finalmente, se plantearán algunas conclusiones y se hará mención de algunos de los retos que encontramos respecto a la garantía de los derechos étnicos y ambientales en Colombia.

Metodología

Este texto es resultado del proyecto de investigación *Derecho y Gestión Ambiental*, cuyo objetivo es estudiar los antecedentes, problemáticas y desarrollo que ha tenido la legislación ambiental nacional e internacional y las actividades necesarias para el cuidado del entorno, teniendo en cuenta que la protección ambiental es una tarea conjunta y coordinada entre todos los sectores (institucionales, privados, la academia y la sociedad civil).

Para el logro de estos objetivos se emplea una metodología analítico-descriptiva con enfoque jurídico y crítico, a partir de las reflexiones acerca de postulados de autores relevantes en la materia.

Reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación

Los grupos étnicos en Colombia han tenido que atravesar una larga historia de despojo, exclusión y resistencia. La llegada de los españoles al continente americano significó un impacto catastrófico para la población originaria y también para aquellas comunidades de ascendencia africana que fueron trasladadas a este continente. El uso de las armas por parte de los españoles para la imposición cultural, religiosa, social y económica sobre las poblaciones que habitaban el territorio, propicio la alteración de sus formas de vida y el desplazamiento y desarraigo territorial (Roldán-Ortega, 2000; Rodríguez, 2016; Muñoz Onofre, 2016).

Si bien el tratamiento jurídico y político para los pueblos indígenas, las comunidades negras, raizales y los pueblos rom o gitanos durante la época de la colonia fue diferente, estos fueron sometidos a distintas formas de discriminación: las comunidades amerindias fueron infantilizadas, las comunidades negras fueron cosificadas, los raizales fueron desconocidos y despojados, y los pueblos rom o gitanos tuvieron que volverse invisibles para el poder colonial. Por una parte, la legislación trataba a los indígenas como niños que debían ser civilizados, es decir, despojados de su religiosidad y cultura para lograr la asimilación cultural del mundo hispánico. De otro lado, las comunidades de ascendencia africana se concebían en la legislación como bienes apropiables que hacían parte del patrimonio de los esclavistas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-201 de 2016). Asimismo, las personas originarias de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina fueron ignoradas en el marco de la promoción del proyecto económico derivado de la incorporación de este territorio como espacio económico, político, social y cultural de Colombia (Robinson-Saavedra, 2000). Respecto a las comunidades rom o gitanas, la legislación prohibía su entrada al continente americano y ordenaba su expulsión, por lo que tuvieron que moverse en el marco de la marginalidad como estrategia para sobrevivir (Gamboa & Paternina, 2000).

Ante ello y, con ocasión de la naciente República de Colombia, los pueblos indígenas recurrieron a diferentes formas de resistencia, que variaron entre el uso de la fuerza, el desplazamiento y el aprovechamiento de las condiciones geográficas para garantizar su supervivencia a través del tiempo, y también para influir en la creación de figuras jurídicas para la defensa de sus territorios (ONIC, 2007). Igualmente, las comunidades negras exigieron la libertad de los pueblos esclavizados (Corte Constitucional de Colombia, 2020b) y comenzaron a huir en búsqueda de espacios para reproducir sus formas de vida y su cultura. Muchos de ellos se resistieron a la esclavitud y se escaparon para ir a vivir en los palenques, establecidos principalmente en la zona Pacífica, donde se dedicaron a la minería, la agricultura y la pesca (Rodríguez, 2008). Asimismo, los raizales reclamaron el reconocimiento y respeto por su historia, territorio y cosmovisión (Saavedra, 2000); las comunidades rom o gitanas permanecieron en el territorio siguiendo su tradición normada y movilizándose casi de forma invisible (Gamboa & Paternina, 2000). Aun así, los hechos de despojo, el desconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la esclavitud de los pueblos de ascendencia africana y el desconocimiento de las comunidades raizales y gitanas fueron una constante durante la colonia y la época republicana. La invisibilización de sus cosmovisiones y su relación de interdependencia con el territorio fue ignorada, y sus tierras explotadas y vendidas por la falta de títulos de propiedad.

Fue hasta mediados del siglo XIX que se expidió la Ley 21 de 1851 mediante la cual se abolió la esclavitud. Asimismo, la Ley 89 de 1890 que, pese a que establecía que los pueblos prehispánicos se regían por sus propias leyes en el resguardo, lo cual suponía un mayor grado de libertad y autogobierno, se consagraba también la evangelización de los pueblos indígenas para lograr paulatinamente su civilización, en tanto poblaciones salvajes. Por otro lado, las comunidades raizales y las gitanas estaban ausentes en la regulación colombiana.

En este contexto, desde finales de la década del 60 e inicios de los años 70, se dio la gran ola de movilización indígena latinoamericana. En ella fueron expresadas sus reivindicaciones, las cuales se dirigían a lograr la devolución de tierras usurpadas, la reconstrucción de sus territorios, el respeto por sus autoridades tradicionales, la defensa por su cultura y la autonomía en sus visiones de desarrollo (Laurent, 2005; Rodríguez, 2016). Las diversas formas de organización y resistencia de los pueblos indígenas les permitieron participar en escenarios políticos internacionales (como la Organización Internacional del Trabajo y la ONU)² y nacionales (Asamblea Nacional Constituyente) y, con ello, avanzar en el reconocimiento de sus derechos y las obligaciones del Estado. En el caso de las comunidades negras, aunque no tuvieron participación como delegatarios en la redacción de la nueva Carta Constitucional, su movilización social se dio mediante marchas y con la iniciativa conocida como *El Telegrama Negro*. Esta iniciativa corresponde a los cientos de miles de telegramas que fueron enviados a la Presidencia de la República y a los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente por parte de organizaciones de comunidades afrodescendientes de todo el país, con el mensaje “Díganle sí a las propuestas de las comunidades negras” sobre la reivindicación de sus derechos (Castillo, 2007, p. 267). Ahora, respecto a las comunidades raizales, los diferentes movimientos políticos y sociales que defendían los nativos isleños, sus derechos, así como un ambiente sano y un modelo de desarrollo ordenado en las islas, tuvieron participación en las mesas de trabajo previas a la Constitución Política (Robinson-Saavedra, 2000).

El resultado de la movilización étnica en el marco de la redacción de la Constitución de 1991 cuenta con múltiples disposiciones aprobadas sobre los derechos de los grupos étnicos. En primer lugar, encontramos el reconocimiento de Colombia como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista y, con base en ello, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación (Artículos 7 y 70);³ la protección de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos y su carácter oficial en su ámbito territorial (Artículo 10); la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales (Artículos 8 y 72); la prohibición de tratos discriminatorios por cuestiones de raza, religión o lengua (Artículo 13); el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de las tierras de los grupos étnicos y de los resguardos (Artículo 63); el respeto por el desarrollo de la educación de los grupos étnicos conforme con sus propias tradiciones (Artículo 68), de la jurisdicción indígena dentro de su territorio (Artículo 246), los territorios indígenas como entidades territoriales (Artículos 285 y 329) y de la propiedad colectiva de las comunidades negras sobre las tierras baldías (Artículo 55 transitorio).⁴ En el mismo sentido, se consagra la protección

² Un resultado destacable de esta movilización fue el Convenio 107 de 1957 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967 que, desde una perspectiva *asimilacionista*, dispone el deber de los Estados de implementar políticas para integrar y disolver las diferencias culturales de las poblaciones indígenas o tribales menos desarrollados respecto a la colectividad nacional.

³ En este sentido, se expidió la Ley 397 de 1997, que reglamenta lo relativo a la protección del patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura. Asimismo, la Ley 1381 de 2010, que consagra disposiciones dirigidas a reconocer, fomentar, proteger, usar, preservar y fortalecer las lenguas de los grupos étnicos del país para garantizar sus derechos lingüísticos.

⁴ Reglamentado mediante la Ley 70 de 1993.

a la identidad cultural de la población nativa del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Artículo 310) y de la preservación del ambiente y los recursos naturales en este territorio, entre otros.

Conviene destacar que el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales (Artículo 286) implica que estas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses conforme con el marco constitucional y legal (Artículo 287). Igualmente, mencionar que la Carta Política consagra que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas puede realizarse siempre que ello no signifique una afectación a la integridad social, cultural y económica de estas poblaciones y, además, que el Estado debe propiciar la participación de estos pueblos en la toma de decisiones en esta materia.

Sumado a lo anterior, encontramos los múltiples instrumentos internacionales que consagran la protección de los derechos de los grupos étnicos y las obligaciones del Estado al respecto, de los cuales destacamos el *Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes* (OIT, 1989) aprobado mediante la Ley 21 de 1991 y la *Declaración Universal de los Pueblos Indígenas* (ONU, 2007). Asimismo, es importante mencionar que el reconocimiento de las comunidades rom o gitanas se realizó recientemente con la expedición de la Resolución 022 de 1999⁵ por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, que estableció que estas comunidades hacen parte de los grupos étnicos de la nación.

Este cambio en la forma en que se entendían las obligaciones del Estado respecto a los grupos étnicos permitió avanzar en el proyecto político integracionista y *asimilacionista*, hacia el reconocimiento de la protección, respeto y defensa de la diversidad cultural y étnica de la nación. Sin embargo, fue aún más relevante el desarrollo que tendría dicho cambio constitucional en la forma de comprender la diversidad cultural, dadas las tensiones que implica para el pensamiento liberal. Dicha tensión se centra en que, de una parte, el proyecto político liberal defiende la unidad nacional, es decir, la apuesta por avanzar hacia la unidad de la población colombiana y, por otra parte, está el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, que exige el respeto por parte de las diferentes cosmovisiones que conviven en el país. En especial, porque muchas comunidades étnicas no conciben dentro de su estructura social y política los derechos, ni la protección individual, dado que la visión del mundo principalmente es de la armonía colectiva. Según explica Bonilla-Maldonado (2006), el tratamiento en la jurisprudencia constitucional de esta tensión se abordó a partir de diferentes perspectivas, entre las que se encuentra la articulación liberal del multiculturalismo explicado por Taylor, Kymlicka y Trully, que se refiere al reconocimiento constitucional de derechos individuales y de los usos y costumbres de las minorías culturales, en el marco interpretativo de los valores liberales. Asimismo, se comprendió desde la propuesta intercultural que pretende la ruptura del marco de imaginación jurídica del liberalismo y, que busca el logro de acuerdos interculturales en un escenario de maximización de la auto-

⁵ Reglamentado por el Decreto 2957 de 2010.

nomía cultural. Finalmente, está la apuesta por el liberalismo cultural, que privilegia los valores liberales sobre los iliberales, siempre y cuando esto no implique poner en riesgo la diversidad cultural.

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido entonces un importante rol en el reconocimiento y garantía de la diversidad étnica y en la inclusión de las minorías. De hecho, el alto tribunal ha desarrollado la interculturalidad en su jurisprudencia, la cual, aunque no se consagra en la Carta Política, se ha definido como la garantía de las colectividades culturalmente diferenciadas a poder dialogar con otras culturas que coexisten en la nación. Es decir, se busca proteger el acceso a los conocimientos tanto de la cultura propia, como de las otras que coexisten en el territorio nacional. Esto, con el fin de garantizar la interacción cultural dinámica y recíproca, el enriquecimiento de saberes y una convivencia basada en la equidad y el respeto mutuo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-054 de 2013).

No obstante lo anterior, los retos en torno a la garantía de los derechos étnicos reconocidos por la Constitución Política y por la jurisprudencia constitucional continúan aún en disputa y en desarrollo. La efectividad de estos derechos y su salvaguarda es aún una demanda de los grupos étnicos, y es una obligación del Estado en la que se debe avanzar. La marginalidad y las situaciones de vulnerabilidad de las poblaciones étnicamente diferenciadas hacen evidente la importancia de seguir trabajando en lograr que las garantías reconocidas para estas colectividades trasciendan de la literalidad normativa al ejercicio efectivo.

La Constitución Política de 1991: una carta ambiental

Antes de la Constitución Política de 1991, la protección jurídica del ambiente en Colombia se consagró en virtud de la incidencia que tenía en la salud pública, la prevención de desastres naturales, y la degradación de la naturaleza y de sus elementos. Entre las principales normas ambientales encontramos la Ley 23 de 1973, que promueve la limitación de la contaminación ambiental y la regulación de las actividades que afectan los recursos naturales del país. El *Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente* expedido mediante el Decreto-Ley 2811 de 1974; determina que el ambiente es un patrimonio común de utilidad pública e interés social y, por lo tanto, que les corresponde al Estado y a los particulares participar en su manejo y preservación. La Ley 9 de 1979 que establece medidas de control sanitario en materia hídrica, residuos líquidos o sólidos, sistemas de alcantarillado y emisiones atmosféricas contaminantes para proteger la salud pública.

Además de ello, encontramos los instrumentos internacionales que tuvieron influencia en la transformación de la política ambiental del país. Sobre este particular, destacamos la Declaración de Estocolmo (1972), la Carta de la Naturaleza (1982) y las Conferencias de las Naciones Unidas previas a la Conferencia de Río de 1992. Estos instrumentos internacionales establecieron por primera vez los principios en materia ambiental, y los planes de acción para la protección del entorno y la promoción del desarrollo.

En este escenario, así como la Constitución Política de Colombia implicó importantes transformaciones en materia étnica, también significó una serie de cambios y nuevas valoraciones sobre el proyecto político y social del Estado colombiano. En el marco de esta renovación constitucional, se tuvo en cuenta el rol y la importancia del ambiente en el desarrollo esencial del ser humano y de la sociedad. Como señala el profesor Amaya-Navas (2016), la Carta del 91 se distingue por el gran número de disposiciones relacionadas con la protección y defensa del entorno como obligación del Estado y de los ciudadanos. Asimismo, se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber colectivo de velar por su tutela; además, como un elemento que determina la adopción del modelo económico y limita el ejercicio de los derechos económicos.

Entre las disposiciones de la Constitución del 91 en materia ambiental encontramos el reconocimiento de la corresponsabilidad del Estado y las personas para garantizar la protección de la riqueza cultural y natural de la nación (Artículo 8); el reconocimiento del derecho colectivo a un ambiente sano y a la participación ambiental (Artículo 79); la obligación del Estado de garantizar el desarrollo sostenible y la conservación, restauración o sustitución de los recursos naturales a partir de la planificación; así como de controlar y prevenir el deterioro ambiental, sancionar y exigir la reparación de los daños generados (Artículo 80). Asimismo, el deber de salvaguardar un entorno sano y de los recursos naturales y culturales del país (Artículo 95); la función social y ecológica de la propiedad (Artículo 58); la obligación del Estado de proteger la salud y el saneamiento ambiental (Artículo 49); la prohibición de la importación de desechos tóxicos y residuos peligrosos (Artículo 81) y la finalidad del Estado de solucionar las necesidades de agua potable y saneamiento ambiental (Artículo 366).

Así las cosas, la Carta Política del 91 consagra un enfoque ambiental holístico, que exige una interpretación coherente y articulada entre las ciencias sociales y las ciencias naturales (Rodríguez, 2012). En atención a esto, se dieron importantes desarrollos en la institucionalidad y la legislación ambiental del país, como se evidencia con la expedición de la Ley 99 de 1993, que dispone que la protección y recuperación del entorno del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la sociedad civil, las ONG y el sector productivo. Asimismo, esta Ley contiene los principios de la política ambiental en Colombia, crea el Ministerio del Medio Ambiente (actualmente Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), define el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y consagra una serie de disposiciones relativas a la participación ciudadana en los asuntos ambientales. Además, podemos señalar la expedi-

ción de la Ley 1333 de 2009, que determina el procedimiento sancionatorio ambiental a cargo del Estado y que se guía por las funciones de prevención, corrección y compensación en materia de salvaguarda, conservación y preservación del entorno y sus elementos. Más recientemente, se destaca la expedición de la Ley 2111 de 2021, mediante la cual se modifica el Código Penal colombiano y se agregan tipos penales por delitos que se cometan sobre los recursos naturales y el ambiente.

No obstante, este amplio marco jurídico ambiental, actualmente Colombia se ubica como el tercer país en América Latina con más conflictos ambientales, después de México y Brasil (EJAtlas, 2022). Los conflictos ambientales los hemos entendido como la disputa social, económica y política entre los distintos actores por los diferentes intereses sobre el manejo, aprovechamiento, conservación, protección o restauración de la naturaleza y sus elementos (Rodríguez, 2016). Este panorama de confrontación por los diversos intereses alrededor de los bienes y servicios ambientales afecta el ejercicio de los derechos humanos, la gobernanza ambiental, el amparo del ambiente y los ámbitos social, político e incluso económico. Por ello, los jueces han tenido la tarea de resolver estas confrontaciones, como lo evidencian las cifras de la Corte Constitucional de Colombia, según las cuales, desde 1992 hasta mayo de 2023, se habían resuelto un total de 8.927.956 acciones de tutela, de las que 3.142 corresponden a solicitudes de agua potable; 2.644 que solicitaban la protección del medio ambiente sano; 485 por consulta previa y 119 por la garantía de la participación ambiental (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

Lo anterior nos invita a considerar los retos que tenemos como sociedad en torno a la defensa de los derechos y la protección de la riqueza natural de nuestro país. Es necesario tener en cuenta las necesidades de las comunidades y sus visiones de desarrollo desde una perspectiva intercultural situada, que permita encontrar y acordar mecanismos de consenso que garanticen la realización del trabajo articulado y coordinado entre el Estado, los ciudadanos y el sector productivo. Una alternativa que tenga en cuenta las distintas visiones y formas de relacionarse con el ambiente, así como los proyectos de desarrollo propio y salvaguarda de la diversidad étnica y natural. Por ello, llamamos la atención sobre el reto que tenemos en la actualidad, el cual no se limita a la expedición de más normas sobre asuntos ambientales, sino a su efectivo cumplimiento a partir de procesos participativos e incidentes que permitan tomar decisiones ambientales que tengan en cuenta sus implicaciones sociales, culturales, ecológicas y económicas.

Encuentros y desarrollos constitucionales de los derechos étnicos en materia ambiental

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre los derechos de los grupos étnicos y su ejercicio en materia ambiental. Las formas de relacionamiento especial que tienen los grupos étnicos con su entorno han permitido que se tengan en cuenta las obligaciones del Estado y las garantías que tienen las comunidades étnicamente diversas sobre sus territorios, y los bienes y servicios ambientales que se encuentran allí. Al respecto, el alto tribunal ha comprendido que la explotación de los recursos naturales, además de constituir una de las principales amenazas para la conservación del ambiente, afecta profundamente a los grupos étnicos en dos planos diferentes, a saber: (i) desde una dimensión física, que se manifiesta en la pérdida de sus territorios, en la contaminación de su aire, fuentes de agua, así como en la posible generación de enfermedades, limitación a sus libertades de circulación, daños a sus viviendas, entre otros y; (ii) desde una dimensión sociocultural, que incluso puede ser más profunda y grave para las comunidades, dado que afecta sus costumbres, tradiciones, vínculo espiritual con la tierra, sus formas de relacionamiento entre sí y con los demás elementos de la naturaleza, y el surgimiento de relaciones de dependencia con modos de vida *extractivistas* (Corte Constitucional de Colombia, 2020a).

En virtud de ello, se ha reconocido la necesidad de garantizar el derecho que, por excelencia, les permite a los grupos étnicos defender sus prerrogativas sobre el entorno: la consulta previa. Como mencionábamos en líneas anteriores, la consulta previa se incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano por vía de bloque constitucional a través de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, dentro de los cuales está el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), el *Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos* (1996), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (1966), y la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* (1969), la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1979), la Recomendación General No. 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 de 2007, que permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos.

El derecho a la consulta previa es la garantía que tienen los grupos étnicos de ser consultados a través de procedimientos apropiados, y por medio de sus instituciones representativas, cuando se pretendan adoptar medidas administrativas o legislativas que puedan afectar sus sistemas de vida o integridad cultural, étnica, social, espiritual y económica. Las consultas deben realizarse de buena fe y a partir de mecanismos apropiados a las parti-

cularidades, con el propósito de alcanzar un acuerdo o el consentimiento de las medidas consultadas (Corte Constitucional de Colombia, 1997; 1998). Este derecho reconoce los valores, costumbres y tradiciones de los grupos étnicos, así como la correlativa obligación del Estado de adoptar medidas especiales para proteger las personas, instituciones, culturas, bienes, y entorno de estas comunidades, con base en sus deseos y aspiraciones, expresados de manera libre (Rodríguez, 2021).

En este sentido, la consulta previa no es un simple requisito formal, sino que se constituye en un proceso sustantivo que requiere que las poblaciones que pueden verse afectadas por una medida administrativa o legislativa cuenten con la información precisa, completa y específica sobre los planes, proyectos y actividades que se pretenden desarrollar en sus territorios. Este derecho debe buscar el logro de un acuerdo y el consentimiento de los grupos étnicos (Corte Constitucional de Colombia, 2009). Por lo tanto, cualquier reunión no es consulta previa, pues se debe garantizar que esta sea culturalmente aceptada por las comunidades y que cuente con la participación de todos. Igualmente, se requiere que la consulta previa se desarrolle con enfoques diferenciales que atiendan a la cultura y los vínculos que las colectividades tienen con su entorno, incluida su relación con la naturaleza y sus elementos (Rodríguez, 2021).

De manera que, ante la explotación de los recursos naturales en los territorios de los grupos étnicos, la consulta previa debe realizarse atendiendo a la obligación del Estado de proteger la integridad social, cultural y económica de estas comunidades, en tanto garantía de su subsistencia como grupo humano y como cultura. En materia ambiental, es necesario garantizar este derecho en reconocimiento de la salvaguarda que de forma milenaria han dado estas colectividades a sus territorios y recursos. Algunos de los casos en que se requiere la consulta previa a los grupos étnicos es cuando se pretenden otorgar autorizaciones para el desarrollo de proyectos o la utilización de los recursos naturales renovables y no renovables en sus territorios; para la adopción de regímenes especiales de manejo o la autorización de planes de manejo ambiental; para la sustracción de reservas forestales en sus territorios y cualquier otra decisión ambiental que pueda afectar directamente a los grupos étnicos (Rodríguez, 2021).

Ahora, es necesario destacar que el territorio de los grupos étnicos se concibe a partir de parámetros geográficos y culturales. Si bien la demarcación permite el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva para garantizar la protección jurídica y administrativa, ello no desconoce que esas delimitaciones se expanden con los lugares culturales o religiosos, se encuentren tituladas o no. La propiedad colectiva se fundamenta, entonces, en la posesión ancestral de estas comunidades sobre un área y, en ese sentido, el reconocimiento que hace el Estado no es constitutivo. Lo anterior quiere decir que la ausencia de reconocimiento de propiedad colectiva no significa la falta del derecho al territorio y, en su lugar, la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para su reconocimiento sí implica una vulneración al derecho de propiedad colectiva del grupo étnico. De tal suerte, se ha comprendido que el

territorio étnico se encuentra conformado por las zonas habitadas, tituladas, exploradas y todas aquellas franjas ocupadas de forma ancestral y que hacen parte del ámbito tradicional de sus actividades espirituales, religiosas, sociales, económicas (Corte Constitucional de Colombia, 1998; Sentencia T-623 de 2011; Sentencia T-698 de 2011; Sentencia T-235 de 2011; Sentencia T-282 de 2012; Sentencia SU-123 de 2018).

Adicionalmente, debe precisarse que la jurisprudencia constitucional ha establecido que hay escenarios en los que, además de la garantía de la consulta previa, es necesario obtener el consentimiento libre, previo e informado, conforme con las costumbres y tradiciones de la comunidad étnicamente diferenciada que puede verse gravemente afectada. En específico, se ha establecido que los eventos en que debe obtenerse este consentimiento es cuando se requiera del traslado o desplazamiento de las colectividades por el proyecto o la obra que se pretende realizar; cuando los proyectos se relacionan con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en sus territorios; y cuando los proyectos prevean un alto impacto cultural, social y ambiental que implique un riesgo para la existencia de la comunidad étnica, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011; Sentencia T-256 de 2015; Sentencia T-733 de 2017; Sentencia SU-123 de 2018).

Así las cosas, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que, respecto a los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, el concepto de impacto directo involucra que la afectación se genere sobre el territorio de la comunidad tradicional y también aquel sobre la salud, la estructura social, económica o el ambiente, así como sobre la cultura de la colectividad. Cuando se trata de esta última situación, el alto Tribunal ha explicado que el impacto debe ponderarse a partir del concepto de *justicia ambiental*, el cual se ha comprendido como el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su color, raza, cultura, origen nacional o educación con respecto al desarrollo y aplicación de la normativa ambiental (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-294 de 2014; Sentencia SU-123 de 2018).

De manera concreta, se ha entendido que la justicia ambiental es un marco analítico que permite tomar medidas para eliminar la discriminación, así como la inequidad en la distribución de cargas y beneficios que soportan algunas personas en el acceso a los servicios ambientales y las consecuencias de las actividades de explotación de los recursos naturales. De ahí, se ha explicado que el marco constitucional colombiano ha permitido interpretar que la justicia ambiental se compone de cuatro elementos: (i) la *justicia distributiva*, comprendida como el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales de los habitantes del territorio nacional; (ii) la *justicia participativa*, que implica que las decisiones ambientales se tomen a partir de procesos de participación activa y significativa de las personas que pueden verse afectadas; (iii) el *principio de sostenibilidad*, que exige que los sistemas sociales y económicos deben ser reproducibles a partir de su viabilidad ecológica, es decir, sin que implique el deterioro de los ecosistemas en que se apoyan; y (iv) el *principio de precaución*, según el cual los agentes ambientales deben abstenerse de ejecutar cualquier actividad en la

que exista duda razonable de generar una afectación o perjuicio ambiental (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-294 de 2014). En esta misma línea, queremos traer a colación un planteamiento que se ha formulado en diferentes escenarios por Rodríguez (2022), esto es, el principio de precaución cultural, que implica la abstención de cualquier actividad ante escenarios de incertidumbre sobre los riesgos de la generación de daños culturales graves e irreversibles.

En este panorama, la Corte Constitucional de Colombia ha conocido múltiples casos sobre la defensa del ambiente y los derechos de los grupos étnicos. Al respecto, ha indicado que la degradación ambiental, así como la vulneración al derecho de consulta previa sobre decisiones que afectan su entorno, implica el desconocimiento de los intereses constitucionales y la calidad de vida ambiental de los grupos étnicos. Lo anterior siempre que el deterioro de la naturaleza impacta negativamente en los ecosistemas del que depende su existencia; sus modos de vida e identidad cultural; sus tradiciones y valores espirituales, sociales y culturales; sus cosmovisiones y la relación inseparable e interdependiente con la naturaleza y sus elementos; en la preservación de sus modos de producción y sistemas económicos tradicionales; en el acceso a zonas aledañas para el desarrollo de actividades tradicionales; en la transmisión de historias, tradiciones y otras manifestaciones culturales; en las medicinas tradicionales; en la salvaguarda de su fauna y flora esenciales; entre otros (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-256 de 2015; Sentencia T-733 de 2017; Sentencia SU-123 de 2018; Sentencia T-063 de 2019; Sentencia T-154 de 2021, entre otras).

De este modo, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado en su jurisprudencia un marco de protección de los derechos de los grupos étnicos en materia ambiental. En ese contexto, se ha comprendido la relación inescindible que tienen estas colectividades con el territorio que habitan y todos los elementos que lo conforman, así como lo que significa para la construcción y preservación de su tejido social, cultural, espiritual, político y económico. A partir de esta comprensión, se ha reconocido también la importante contribución de las comunidades étnicamente diferenciadas a la salvaguarda de los bienes y servicios ambientales; y en el planteamiento de alternativas de relacionamiento entre el ser humano y la naturaleza. De ahí que el reto continúe en garantizar las prerrogativas constitucionales y avanzar hacia la generación de escenarios interculturales que permitan el diálogo horizontal e igualitario entre las distintas culturas que habitan el territorio nacional, las diferentes aspiraciones que se tienen para el futuro, y el desarrollo económico y social del país.

Los derechos bioculturales

La Corte Constitucional de Colombia, en el marco de una comprensión dinámica de las disposiciones de la Carta del 91, reconoció a través de la Sentencia T-622 de 2016 los derechos bioculturales. En esta oportunidad, el alto tribunal resolvió la acción de tutela interpuesta por diferentes comunidades negras que habitan la cuenca del río Atrato ubicado en el departamento de Chocó, en contra de distintas entidades del orden local, regional y nacional, por la falta de actuaciones ante la grave degradación del afluente y, que ha afectado sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio. En esta decisión, la Corte Constitucional de Colombia tuvo en cuenta dentro de su análisis la necesidad de reconocer la profunda e intrínseca conexión que existe entre la cultura de las comunidades étnicas, la naturaleza y la diversidad biológica, así como de las distintas disposiciones consagradas en la Carta Política sobre la protección de la diversidad étnica y cultural, y el correlativo deber del Estado de garantizar la protección del patrimonio natural del país y del derecho al ambiente sano. En virtud de ello, el alto tribunal considera que la conservación de la diversidad biológica implica la preservación y salvaguarda de las culturas que interactúan con ella y, por tanto, define los derechos bioculturales como aquellas garantías de los grupos étnicos a administrar y ejercer tutela autónoma sobre sus territorios, conforme con sus usos, leyes y costumbres, así como a desarrollar sus formas de vida basadas en la relación especial que tienen con la naturaleza.

Para la Corte Constitucional de Colombia, los derechos bioculturales no son nuevas prerrogativas de los grupos étnicos, sino que son una categoría de derechos especial que unifica las garantías constitucionales a los recursos naturales y a la cultura desde una perspectiva integral y relacional. Se trata de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales sobre la vinculación inescindible entre la diversidad natural y cultural; la ancestralidad y los distintos sistemas de vida; sumado a la salvaguarda de las ontologías étnicas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016).

Así las cosas, encontramos que los derechos bioculturales son el reconocimiento a la importante relación de las comunidades étnicas con su territorio. La protección de las formas de vida que se han destacado por estar fundadas en una relación de armonía con su entorno y todos los seres y elementos que los integran. Estas prerrogativas buscan garantizar además el derecho de los grupos étnicos a desarrollar sus conocimientos tradicionales, que son el resultado de las enseñanzas de sus formas de gobierno, autoridades y prácticas epistémicas que defienden la protección de la naturaleza, como un ser de vida que permite la vida. De ahí que, como lo explica la profesora Audrey Mena-Mosquera (2020), el titular de los derechos bioculturales es el sujeto colectivo: cada comunidad étnica. Con ello se busca salvaguardar el componente material, entendido como el territorio y su diversidad biológica, y el componente inmaterial, comprendido como la cultura, los conocimientos tradicionales y sus cosmovisiones respecto al medio natural.

Por lo tanto, podemos decir que los derechos bioculturales pretenden aproximarse al contenido de los derechos étnicos a partir de una perspectiva holística. Bajo esta comprensión, los derechos étnicos y los derechos ambientales se protegen en integralidad, dada la relación indivisible entre la protección de la diversidad cultural y las riquezas naturales del país. De tal suerte, hemos referido que los derechos bioculturales son una prerrogativa que busca garantizar la salvaguarda de la identidad cultural de los grupos étnicos, a partir de la protección del tejido social desde la garantía del derecho a vivir conforme con sus sistemas de vida, a reproducir sus cosmovisiones, a cuidar sus territorios y a pervivir como pueblos.

Conclusiones

El reconocimiento de los derechos étnicos y ambientales es relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico. La expedición de un nuevo proyecto político y social contenido en la Constitución de 1991 nos permitió comprender y reconocer nuestra composición étnica y culturalmente diversa, así como la importancia de proteger, conservar y preservar la riqueza natural del país para la presente y las futuras generaciones. Aun así, el aumento de los conflictos ambientales continua y Colombia sigue siendo uno de los países con mayor número de disputas en esta materia en América Latina. De ahí, entonces, que persistan múltiples retos en torno a la garantía de los derechos étnicos y ambientales porque no basta con su consagración en la normativa, sino que se requiere su protección y efectivización.

Es necesario comprender que la mejor forma de construir y respetar un país plural, cultural y étnicamente diverso es a partir de la salvaguarda de las diferentes cosmovisiones y formas de vida, así como de la promoción de espacios de participación, procesos de información y espacios de diálogo intercultural que tengan en cuenta la realidad social, ambiental y cultural de las distintas comunidades en todo el territorio nacional. Asimismo, se constituye en un reto reconocer el valioso rol que han tenido estas colectividades en la protección del ambiente y en la preservación de la riqueza natural de nuestro país.

Por ello, como mencionábamos anteriormente, es importante que la toma de decisiones sobre proyectos, planes y programas que tengan impactos ambientales y étnicos consideren las perspectivas de las comunidades que pueden ver afectados sus sistemas de vida, estructuras políticas, económicas y culturales y, además, propender por la alternativa menos lesiva tanto para las colectividades étnicamente diferenciadas como para el ambiente, en el marco de la aplicación del principio de precaución cultural y ambiental. Así, podremos avanzar hacia un país que garantiza los derechos humanos, y protege la naturaleza y los elementos que la integran, para la presente y las futuras generaciones, así como para los demás seres con quienes compartimos el planeta.

Referencias

- Amaya-Navas, Ó. D. (2016). *La Constitución Ecológica de Colombia* (3ra ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bonilla-Maldonado, D. (2006). *La Constitución multicultural* (M. Holguín & D. Bonilla Maldonado, Trads.). Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar.
- Bonilla-Maldonado, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental & la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*, (42), 3–23. <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01>
- Castillo, L. C. (2007). *Etnicidad y Nación: el desafío de la diversidad en Colombia*. Universidad del Valle.
- Congreso de la República de Colombia. (1967). Ley 31 de 1967. Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribuales en los países independientes, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957). [https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1587853#:~:text=LEY%2031%20DE%201967&text=\(julio%2019\)-,por%20la%20cual%20se%20aprueba%20el%20Convenio%20Internacional%20del%20Trabajo,Trabajo%20\(Ginebra%2C%201957\).}](https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1587853#:~:text=LEY%2031%20DE%201967&text=(julio%2019)-,por%20la%20cual%20se%20aprueba%20el%20Convenio%20Internacional%20del%20Trabajo,Trabajo%20(Ginebra%2C%201957).)
- Congreso de la República de Colombia. (1973). Ley 23 de 1073. Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9018#:~:text=Es%20objeto%20de%20la%20presente,los%20habitantes%20del%20territorio%20nacional.>
- Congreso de la República de Colombia. (1979). Ley 9 de 1979. Por la cual se dictan Medidas Sanitarias. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1177>
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Ley 21 de 1991. Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Diario Oficial 39.720 de marzo 6 de 1991. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37032#:~:text=ARTICULO%203%C2%B0,1.,y%20mujeres%20de%20esos%20pueblos.>

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 70 de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 41.013, de agosto 31 de 1993. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0070_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.146 de diciembre 22 de 1993. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=297>

Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 397 de 1997. Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=337>

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1333 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.417 de julio 21 de 2009. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36879#:~:text=Objeto%20de%20las%20medidas%20preventivas,paisaje%20o%20la%20salud%20humana.>

Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1381 de 2010. Por la cual se desarrollan los artículos 7°, 8°, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4°, 5° y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes. Diario Oficial 47.603 de enero 25 de 2010. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38741>

Congreso de la República de Colombia. (2021). Ley 2111 de 2021. Por medio del cual se sustituye el título xi “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167988>

Corte Constitucional de Colombia. (2020a). *Derecho al ambiente sano*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (2020b). *Diversidad y pluralismo*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/pluralismo%202020%20v3%2011220.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Derechos demandados. Periodo de reporte: enero 2019 – agosto 2022*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia SU-123 de 1998*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-525 de 1998*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-129 de 2011*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-235 de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-623 de 2011*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-698 de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-282 de 2012*. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-054 de 2013*. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-294 de 2014*. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-256 de 2015*. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-201 de 2016*. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-622 de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-733 de 2017*. M. P. Alberto Rojas Ríos.

- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-063 de 2019*. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-154 de 2021*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Cortés-Gómez, J. (2009). Tras lo social y lo cultural: la interculturalidad como manifestación de los movimientos sociales. En D. Carrillo González & N. S. Patarroyo Rengifo (Eds.), *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica* (pp. 169–186). Universidad Nacional de Colombia, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina-UNIJUS.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2018). *Grupos étnicos – Información técnica*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-etnicos/informacion-tecnica>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2021). *Información sociodemográfica del pueblo Rrom*. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/informes-estadisticas-sociodemograficas/2021-10-21-informacion-sociodemografica-del-pueblo-rrom.pdf>
- EJAtlas. (2022). *Global Atlas of Environmental Justice*. <https://ejatlas.org/?translate=es#:~:text=El%20Atlas%20de%20Justicia%20Ambiental,organizaciones%20y%20miembros%20de%20comunidades>.
- Gamboa, J., & Paternina, H. (2000). Los rom de Colombia: itinerario de un pueblo invisible. En V. Gómez Fuentes, J. C. Gamboa Martínez & H. A. Paternina Espinosa (Eds.), *Proceso de Organización del Pueblo Rom (Gitanos) de Colombia* (pp. 13–55). PROROM.
- Laurent, V. (2005). *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Motivaciones, campos de acción e impactos*. Instituto Francés de Estudios Andinos, Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Mena-Mosquera, A. K. (2020). *El derecho al conocimiento tradicional en las comunidades negras en Colombia: una discusión desde los derechos étnicos fundamentales* [Tesis de Doctorado, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional E-docUR. https://doi.org/10.48713/10336_21829
- Muñoz Onofre, J. P. (2016). *La brecha de implementación: Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia. Configuración en las normas, las políticas y los jueces tras la aprobación de la Constitución Política de 1991*. Editorial Universidad del Rosario.

- Organización Nacional Indígena de Colombia. (2007). *Derechos de los pueblos indígenas y sistemas de Jurisdicción Propia*. ONIC.
- Presidencia de la República de Colombia. (1974). *Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Diario Oficial No. 34243. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1551>
- Robinson-Saavedra, D. (2000). *Pueblo raizal en Colombia*. Universidad del Rosario. https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/comunidades_etnicas_en_colombia.pdf
- Rodríguez, G. A. (2008). Continúa la exclusión y la marginación de las comunidades negras colombianas. *Revista Diálogo de Saberes*, (29), 215–238. <https://repository.urosario.edu.co/bitstreams/5b38a06f-cc0a-4ffb-adb4-ed25aa4a1ba9/download>
- Rodríguez, G. A. (2012). La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En G. A. Rodríguez & I. A. Páez Páez (Eds.), *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público* (pp. 1–55). Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/temas-de-derecho-ambiental.pdf>
- Rodríguez, G. A. (2016). *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas*. Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2021). *Yo participo, tú participas, otros deciden: la participación ambiental en Colombia*. Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol) y Foro Nacional Ambiental.
- Rodríguez, G. A. (2022). *Fundamentos del Derecho Ambiental colombiano*. Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol) y Foro Nacional Ambiental.
- Roldán-Ortega, R. (2000). *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. GAIA, COAMA y OIT.
- Santos, B. S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global.
- Sistema de Información sobre Biodiversidad de Colombia. (2022). *Biodiversidad en cifras*. <https://cifras.biodiversidad.co/>

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y GOBERNANZA AMBIENTAL EN COLOMBIA¹

Erika Castro-Buitrago*

Introducción

En el discurso sobre los asuntos ambientales que hacen parte de la agenda pública tanto nacional como local, aparece el término de *gobernanza* como una especie de fórmula mágica que viene a ordenar o establecer un camino para la toma de las decisiones. No obstante, pocas veces los tomadores de decisión mencionan de forma explícita qué quieren expresar por gobernanza, cuáles son sus objetivos y sus implicaciones en la práctica.

En particular en el sector ambiental se expresan diferentes tipos de gobernanza con mayor o menor elaboración teórica y trascendencia en documentos de política o en la legislación ambiental interna; así, según la temática o problema que aborde la gestión pública, la gobernanza ambiental tendrá un apellido distinto que la acompaña: puede nombrarse como la *gobernanza climática o del cambio climático, forestal, de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos, del agua y del aire*.

Esta peculiaridad no es exclusiva del ámbito ambiental; en realidad, el origen del concepto de *gobernanza* y su contenido es parte de una amplia discusión doctrinal que no se pone de acuerdo en definiciones generales, atributos y fines. Así, un autor como Porras Sánchez (2016) asocia la gobernanza como un “término paraguas”, es decir, que no es unívoco, “que ofrece refugio a diversas perspectivas, teorías, definiciones y metodologías que tienen elementos comunes entre sí y que los identifica como parte de un gran cuerpo de litera-

¹ Este trabajo es producto de la investigación titulada “La actuación informal de concertación de la Administración. Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa, tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia”, financiada por la Universidad de Medellín, 2009-2019.

* Doctora en Ambiente y Ordenación del Territorio, profesora investigadora de la Universidad de Medellín, grupo de investigación en Sostenibilidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0467-0031> Correo electrónico: ecastro@udemedellin.edu.co

tura” (p. 25). En el ámbito académico o teórico el trabajo por establecer un concepto general de *gobernanza* es *casi* imposible, dado que, como también lo afirma Porras Sánchez (2016, pp. 27-28), existen diversas contribuciones de las literaturas sobre nociones y definiciones con diferentes variables e indicadores que no permiten la comparación; con niveles analíticos no equivalentes, entre los que se encuentran definiciones estipulativas con aspiraciones de síntesis entre literaturas o con una intención más explicativa.

Teniendo presente la dificultad que desde lo teórico representa establecer una definición general de gobernanza con unos atributos más o menos homogéneos, este trabajo abandona la intención de revisar el universo teórico conceptual para definir la gobernanza ambiental, aunque integra algunos aportes doctrinales que pueden dar luces sobre elementos comunes en la gestión pública. En cambio, se centra en el uso de los términos en el sector de la política pública ambiental colombiana para establecer características que puedan llegar a considerarse comunes.

En este contexto, este trabajo se deriva de una investigación dogmática sobre la vinculación de la gobernanza y el derecho ambiental (Castro-Buitrago, 2017), en la cual lo importante es lo que se pretende alcanzar por medio del discurso de la gobernanza para garantizar una debida gestión pública ambiental que, más allá de llenar el discurso electoral, implica el cómo se gobiernan los asuntos ambientales, cómo se toman decisiones y si en este modelo, que se hace llamar de gobernanza ambiental, se entiende un proceso claro que implica tanto el cumplimiento de la legislación interna, los deberes, como la garantía de los derechos de conformidad con un concepto más amplio como el de *democracia participativa* que se desprende de la Constitución Política de 1991.

En este orden de ideas, este trabajo no se centra en un análisis del discurso, sino en una investigación dogmática-jurídica cuyo objetivo es analizar lo que plantea el Gobierno colombiano por gobernanza ambiental a partir de las nociones o definiciones de sus tipologías incluidas en documentos de política pública o en la legislación. La cuestión no es rechazar el discurso de la gobernanza porque lo encontramos vacío frente a las garantías que se han construido con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el derecho ambiental, sino de asumir que el ordenamiento jurídico es un sistema abierto en el que los conceptos puente² imponen nuevas formas de ejercer el Derecho, que en principio causan “desorden” al no considerarse categorías jurídicas, pero que influyen de manera permanente en asuntos que son objeto de regulación y que pueden llegar a interferir en la garantía de derechos y el cumplimiento de los fines constitucionales. En esos casos, como sucede con el concepto puente de la gobernanza, la tarea de la dogmática es entregar las claves o los instrumentos para una interpretación y aplicación sistemática que permita

² Para la dogmática jurídica se trata de conceptos extrajurídicos que plantean nuevas formas de comprender la práctica de una realidad social y que plantean desafíos como la necesidad de nuevas elaboraciones jurídicas (Díez Sastre, 2015; Agudo González, 2014; Schmidt Assmann, 2006).

mantener la integridad jurídica; así como asumir que es posible y necesaria la innovación en el Derecho para responder a los desafíos que implica la complejidad de la sociedad actual y su relación con la naturaleza.

Es por ello que este trabajo se propone, en un primer momento, una breve revisión de las definiciones o nociones de la gobernanza ambiental desde los documentos de política pública y alguna legislación asociada, con ánimo explicativo y no exhaustivo, para derivar atributos comunes en las diferentes tipologías. Esta revisión permite establecer unas características generales y provisionales para analizar cómo la gobernanza ambiental se integra y se manifiesta en el ordenamiento jurídico interno al ser un concepto extrajurídico. En consecuencia, se plantea la necesidad de una interpretación sistemática que identifique categorías y atributos a la luz de los fines constitucionales, que define unas garantías que desafían los procesos de gobernanza desde el principio democrático. Dicho de otra manera, el hecho de que se nombre la gobernanza como vía para tomar decisiones o resolver conflictos ambientales no implica que exista una garantía de democracia participativa. El discurso se vuelve vacío cuando no va acompañado de parámetros claros de actuación del sector administrativo y la debida participación de los actores interesados.

Se parte de la tesis de que existe un interés del Gobierno nacional y de las autoridades locales de promover la gobernanza como una mejor manera de asumir los asuntos ambientales y que esta se manifiesta, en su gran mayoría, en procesos de toma de decisión informales que corren el riesgo de considerarse como simples *gentlemen's agreements* (Kloepfer, 1993); lo que puede llegar a propiciar la aparición o el escalamiento de conflictos ambientales. A partir de esta tesis, este trabajo plantea la necesidad de asumir la gobernanza como un concepto puente cuyo alcance está en el marco de las garantías de la democracia participativa y que, como tal, las actuaciones administrativas y procesos de toma de decisión en su nombre deben ser asumidos como procesos jurídicamente vinculantes con parámetros claros y objeto de control.

Metodología

Este trabajo siguió el método de investigación dogmático-jurídico —como se propone en la investigación doctoral de Castro-Buitrago (2017)— en el cual se abordan elementos metodológicos de las ciencias políticas y de las ciencias de la administración, con base en el marco teórico del *Derecho administrativo como sistema* de Schmidt Assmann (2003). En consecuencia, se asume el ordenamiento jurídico como un sistema abierto que se enriquece a partir de teorías y conceptos provenientes de otras ciencias, en el cual la tarea de la dogmática jurídica es trascender “la dimensión normativa (correcto-falso)” por “la conveniencia o no de una determinada solución o la capacidad explicativa y de relación de un argumento o modelo” (Vosskuhle, 2012, p. 149). El derecho ambiental se investiga como sector de refe-

rencia (Schmidt Assmann, 2003, pp. 11-14), es decir, como instrumento metodológico que permite entender la práctica cotidiana de un sector especializado del ordenamiento jurídico, para establecer el aporte de sus innovaciones, en este caso, la variedad de espacios de gobernanza o de diálogo y concertación en asuntos ambientales, y explicar cómo se presenta la relación derecho ambiental, derecho administrativo general y derecho constitucional, en un diálogo de doble vía que enriquece y permite la adaptación del derecho a la compleja realidad social actual (Agudo González, 2014, p. 116).

A partir de este planteamiento, y con base en la técnica de análisis documental, se llevó a cabo una revisión de la literatura sobre el objeto de estudio, en este caso el material normativo, de política pública y guías técnicas, en relación con el concepto puente de *gobernanza ambiental*. Según Díez Sastre (2015), los conceptos puente son

ideas vertebradoras sobre las que repensar las instituciones jurídicas, los conceptos y los modelos regulativos existentes. También cumplen una función heurística y orientadora. Ahora bien, a diferencia de los conceptos clave, los conceptos puente se caracterizan por su procedencia de otras ciencias o de otras ramas del Derecho ... Junto a las funciones propias de los conceptos clave, los conceptos puente refuerzan el tráfico entre distintas ciencias y entre las distintas ramas jurídicas y contribuyen a la construcción integradora del Derecho. (p. 122)

Igualmente, se revisó la doctrina y la jurisprudencia sobre la teoría de la democracia participativa a fin de seleccionar atributos y correspondencias. A su vez, se identificaron algunos de los llamados espacios o mecanismos de gobernanza planteados en el material recopilado. Con base en las funciones dogmáticas de “la utilización del sistema establecido, de un lado, y su construcción y revisión de otro ... tanto la jurisprudencia como la doctrina deben hacer abstracción del caso concreto para avanzar en la construcción del Derecho” (Schmidt Assmann, 2003, p. 7). Se contrastó la jurisprudencia constitucional con la doctrina a fin de alcanzar una explicación de los fenómenos estudiados y plantear, desde una interpretación sistemática del derecho, su encaje como parte de las llamadas actuaciones informales de concertación de la Administración que no escapan al sistema constitucional de garantías.

La gobernanza ambiental y sus tipologías en la agenda pública colombiana

Como se adelantó en la introducción, la *gobernanza* es un término que ha sido abordado por variados tipos de literaturas cuyo contenido es difícil de concretar en una definición general aceptada pacíficamente por la doctrina (Porrás Sánchez, 2016). Para el caso colombiano, el concepto de gobernanza se introdujo en la política y el discurso gubernamental a través de los planteamientos de la “buena gobernanza” o del “buen gobierno” proveniente de las relaciones del Gobierno con organismos multilaterales interesados en introducir este lenguaje

al país (Castro-Buitrago, 2011, p. 41). Aunque en un primer momento el término no parecía tener un alcance claro y diferenciador con la gobernabilidad y la organización de los diversos recursos para abordar la efectiva administración de los asuntos públicos (Castro-Buitrago, 2011, p. 38), en la actualidad, como se verá en este acápite, la gobernanza ambiental, a través de los distintos tipos que asume en la política pública, ha tomado el carácter que le otorga la literatura de las ciencias políticas (Aguilar Villanueva, 2010) como un modo de gobernar más cooperativo en donde la autoridad pasa a ocupar el papel de un coordinador de actores con distintos intereses en la deliberación sobre asuntos jurídico-públicos.³

En la literatura ambiental, de manera general, la gobernanza ambiental se entiende como las intervenciones que buscan transformar las decisiones (conocimientos, incentivos, comportamientos, instituciones, etc.) que influyen en el ambiente mediante procesos de interacción y coordinación de agentes políticos y diferentes actores privados (Lemos & Agrawal, 2006, p. 298; Koch et al., 2021; Zhaopeng et al., 2022).

Caracterizada de esta manera, la gobernanza, tanto como se viene asumiendo por el Gobierno colombiano y como se adopta en la literatura ambiental, depende del marco de garantías que otorga la democracia participativa, pero, ante todo, de la voluntad de los tomadores de decisión. Como lo afirma Ibarra Güell (2011): “en la gobernanza hay una estrategia propositiva ... hay una voluntad de horizontalizar el proceso decisorio. Así en esos nuevos espacios decisorios, son incorporados otros actores además de los político-institucionales” (p. 254). Estos espacios tienen unas características que los diferencian de otros procesos participativos y que los hacen más estables: la iniciativa en su convocatoria proviene de las autoridades con competencia para tomar decisiones en los asuntos objeto de participación; la invitación a diferentes actores es amplia, es decir, reúne diferentes sectores e intereses; y la deliberación se concreta en temas específicos, como una concreta política pública (Ibarra Güell, 2011, p. 255).

Esta voluntad puede manifestarse tanto en una actitud proactiva de los tomadores de decisión a través de los mecanismos formales de participación, o mediante la propuesta de escenarios o espacios de deliberación no regulados y diseñados para el diálogo de asuntos especiales. En este último caso, la doctrina jurídica identifica este tipo de manifestación de la actividad administrativa como actuación informal de concertación (Castro-Buitrago, 2017, p. 242) que goza de legalidad por ser iniciativa de autoridades competentes, pero que carece de procedimientos reglados, lo que no la libera del cumplimiento de las garantías de la democracia participativa. Este es el caso de algunos de los instrumentos de gobernanza que se han establecido para llevar a la práctica los diferentes tipos de gobernanza ambiental y que se identifican a continuación.

³ En materia ambiental se identifica el uso del término *gobernanza* en los documentos soporte de las discusiones en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992) (Castro-Buitrago, 2017, p. 154), una coincidencia interesante si se tiene en cuenta que en la Declaración final de la cumbre se incluyó el principio de participación ambiental, reconocido como Principio 10, que establece que la mejor manera de tratar los asuntos ambientales es con la participación de todas las personas interesadas en el nivel que corresponda (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1992).

Gobernanza del agua

La Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (2010) promovió la construcción de una noción de gobernanza que apoyara la puesta en práctica de los diferentes instrumentos de gestión propuestos y permitiera la coordinación de actores públicos y privados. Aunque la política no define la gobernanza del agua, la *Guía Técnica para la formulación de los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas* (MADS, 2014) señala que la gobernanza

reconoce la prioridad del consumo humano en procesos de coordinación y cooperación de distintos y diversos actores sociales, sectoriales e institucionales que participan en su gestión integrada; y asume al territorio y a la cuenca como entidades activas en tales procesos, con el fin de evitar que el agua y sus dinámicas se conviertan en amenazas para las comunidades y, garantizar la integridad y diversidad de los ecosistemas, para asegurar la oferta hídrica y los servicios ambientales. (p. 11)⁴

De acuerdo con esta definición, los consejos de cuencas hidrográficas se establecen como instrumentos de gobernanza en tanto son espacios que hacen posible el diálogo, la coordinación de intereses y los acuerdos entre diferentes actores⁵. El MADS (2022a) admite que esta manera de asumir la gobernanza implica un rol de facilitador del Gobierno de las relaciones entre los diferentes actores, sean organizaciones sociales, sectores empresariales o institucionales como la academia y otros interesados en la solución de problemas o conflictos relacionados con la gestión del agua, que puede darse a través de “procesos formales e informales y mecanismos de negociación, concertación y toma de decisiones que están en constante cambio y adaptación de acuerdo con contextos culturales, sociales, económicos, políticos y biofísicos de los territorios”.

Además de la reglamentación sobre los comités de cuencas, el MADS promueve una Estrategia Nacional de Gobernanza del Agua (ENGA), según la cual se busca establecer un “modelo de buen gobierno para el manejo del agua” (2022b). Esta estrategia considera como elementos estratégicos del modelo: la participación mediante la identificación de actores e inclusión equitativa, interpretación del territorio de acuerdo con la cultura y el enfoque multidimensional y en diferentes escalas (MADS, 2022b).

⁴ El documento guía admite que se trata de una definición elaborada por la Dirección de Gestión Integral del Recurso Hídrico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Departamento Nacional de Planeación (MADS, 2014, p. 13).

⁵ Los consejos de cuenca están regulados por el Decreto 1640 de 2012 y la Resolución 509 de 2013. Para una revisión del objeto de este instrumento y sus atributos consultar el trabajo de Castro-Buitrago et al. (2019).

Gobernanza de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos

La “Política nacional para la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos” (MADS, 2012, p. 44) asume una noción de gobernanza en la que resalta que la toma de decisiones se lleva a cabo en la interacción de diferentes actores considerados legítimos, incluso con intereses contradictorios frente al uso de la biodiversidad. De este modo se fundamenta en

reconocer e incorporar los diferentes sistemas de conocimiento y uso ancestral del territorio, para optimizar la capacidad de gestión desde las escalas locales hacia escalas superiores de tipo regional, nacional o global, permitiendo generar estrategias para la transformación de conflictos socio-ambientales, que permitan facilitar el desarrollo de los procesos que concluyan en una efectiva conservación de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos. (MADS, 2012, p. 44)

En esta misma línea, la *Guía para la Planificación del Manejo en las Áreas Protegidas del SINAP Colombia* (2020), considera la gobernanza como uno de los pilares de la planificación de las áreas protegidas, en la que se reconoce “la responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad civil, para resolver asuntos de carácter público” (p. 32) y establece de manera concreta que, a diferencia de enfoques más genéricos, la gobernanza atañe a “los procesos de participación y toma de decisiones conjunta, en la designación y manejo efectivo de áreas protegidas” (p. 33) siendo sus componentes las estructuras (marcos jurídicos, instituciones públicas y de la sociedad civil), procesos (las prácticas y modelos de gestión) y tradiciones (lo cultural expresado en conocimientos, valores, prácticas, etc.).

En la tarea de declaración y ampliación de nuevas áreas protegidas, la autoridad de parques promueve espacios de articulación, diálogo y concertación como mesas de trabajo o mesas técnicas cuyo objeto es alcanzar los objetivos de conservación de manera colaborativa y con la seguridad de su permanencia (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2022a). Igualmente, en el marco de la implementación del Plan de Acción del SINAP se identifica el mecanismo del Memorando de Entendimiento (MdE) como “instancia articuladora de carácter técnico y político que propicia la participación y coordinación de actores gubernamentales y no gubernamentales del orden nacional, regional y local” (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2022b). Los MdE son de iniciativa de la autoridad ambiental con competencia para la convocatoria de procesos de concertación, no poseen una regulación especial sobre su integración o postulación de actores interesados, reglas sobre cómo se adoptan los acuerdos y sus efectos jurídicos (Castro-Buitrago, 2017, p. 53).

Gobernanza forestal

De acuerdo con el CONPES 4021, *Política nacional para el control de la deforestación y la gestión sostenible de los bosques*, la gobernanza forestal se define como “el proceso de toma de decisiones relacionadas con los bosques y las comunidades que dependen de ellos, quién es responsable, cómo se ejerce el poder, y cómo se produce la rendición de cuentas” (DNP, 2020, p. 26). Se asume que estos procesos se dan en el ámbito global y tienen incidencia en el nacional, regional y local.

Una noción más amplia se contempla en la Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático, en la que la gobernanza forestal aparece como un subsector, junto con biodiversidad, del sector de medio ambiente y recursos naturales, e incluye las capacidades de las entidades públicas y de la sociedad civil para conservar los bosques; las políticas, la normativa, los mecanismos de comando y control, las actividades de promoción y financiamiento. No obstante, al referirse al Programa Visión Amazonía,⁶ reconoce en la gobernanza forestal un esquema de toma de decisiones que incluye varios niveles que dependen del “alcance de responsabilidades, mandatos y acción de los actores” en el que se garantiza “la participación de las comunidades para asegurar la operatividad y apropiación del proceso por parte de los beneficiarios” (IDEAM et al., 2017, p. 26).

En lo que concierne a la materialización de mecanismos de gobernanza forestal, el Artículo 9 de la Ley 1955 de 2019 creó el Consejo Nacional de Lucha Contra la Deforestación y otros crímenes ambientales asociados (Conaldef) (Congreso de la República, 2019).⁷ Esta instancia está integrada exclusivamente por entidades del Gobierno central y la Procuraduría General de la Nación. No obstante, se crearon las mesas forestales departamentales por medio de un proceso liderado por la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del MADS. Estos espacios se entienden como

- Instancias de diálogo y articulación de los diferentes actores en el ámbito nacional, regional y local, que contribuya a posicionar el manejo forestal sostenible como modelo económico para el desarrollo de las regiones y departamentos.
- Espacios que implementan ejercicios de gobernanza forestal, promoviendo un equilibrio entre el colectivo social y la institucionalidad, para el logro del desarrollo social y económico desde los bosques.
- Plataforma para la construcción colectiva de una cultura forestal coherente con la vocación de los suelos y usos sostenibles de los bosques naturales (MADS, 2022d).

⁶ Este programa tiene como objeto la protección de la Amazonía colombiana y la reducción de la deforestación del bioma amazónico. Establece cinco frentes de acción, entre los que se encuentra la gobernanza forestal y la gobernanza ambiental con pueblos indígenas (MADS, 2022c).

⁷ Esta instancia reemplazó la Comisión Intersectorial para el Control de la Deforestación y la Gestión Integral para la Protección de Bosques Naturales (CICOD) establecida en el CONPES 4021 (DNP, 2020, p. 21).

Estas mesas no tienen origen en el mandato expreso de la ley o un reglamento, sino que se crean por un acuerdo de voluntades entre las partes que suelen ser las autoridades en el territorio, el sector privado y las organizaciones sociales. Los principios que rigen su trabajo son “integración, transparencia, confianza, no exclusión, proactividad, respeto a la diversidad, compromiso, solidaridad y responsabilidad” (CORPOAMAZONÍA, 2022).

Gobernanza del aire

El MADS (2022e) define la gobernanza del aire como “el conjunto de procesos, mecanismos y organizaciones a través de los cuales los actores políticos y sociales (gobierno, academia, sociedad civil y sector privado) influyen en las acciones para mejorar la gestión de la calidad del aire”. El CONPES 3943 del 31 de julio de 2018, *Política para el mejoramiento de la calidad del aire*, le encargó al Gobierno la formulación de un “modelo de gobernanza de calidad del aire” (DNP, 2018, p. 71). Para su cumplimiento se publicó en 2021 el documento *Modelo de la gobernanza del aire para Colombia* por el MADS que propone

La gobernanza del aire es la cogestión e interacciones entre organismos públicos, sector privado y sociedad civil para avanzar en el mejoramiento de la calidad de este recurso natural. La gobernanza comprende todos los procesos, mecanismos e instituciones a través de los cuales todos los actores influyen en las acciones para mejorar la gestión de la calidad del aire en el territorio. (Gaitán Varón et al., 2021, p. 11)

Además de esta definición, el MADS plantea como atributos de la definición

- Flujos de autoridad predominantemente horizontales.
- Cada actor aporta en la medida de sus responsabilidades.
- La interacción de sus actores es descentralizada.
- Participación activa de los actores. (Gaitán Varón et al., 2021, p. 11)

Un año después, se acordó *La Estrategia Nacional de Calidad del Aire* (2019) que, conforme con el objetivo de fortalecer la gobernanza, promueve la conformación de espacios de coordinación, articulación y diálogo para solucionar los problemas de la calidad del aire en el territorio nacional. Desde antes de la formación de la Estrategia, en el país se han implementado diferentes mecanismos tanto intersectoriales del orden nacional como territoriales, entre ellos, la Comisión Técnica Nacional Intersectorial para la Salud Ambiental (Conasa); mesas de calidad del aire de los consejos territoriales de salud ambiental; mesas de calidad del aire de las ciudades y regiones, y mesas de trabajo sectorial en el marco de los Planes Estratégicos Sectoriales (PES) que coordina el MADS (Gaitán Varón et al., 2021, pp. 25-28). Las mesas carecen de regulación formal, con lo cual las reglas de su convocatoria y toma de decisión son acordadas por sus mismos miembros.

Gobernanza climática o gobernanza del cambio climático

Los asuntos concernientes al cambio climático y el cumplimiento de compromisos internacionales por parte del Estado colombiano son objeto de un reciente conjunto de políticas públicas, normas y documentos técnicos. Entre ellos, la Ley 1931 que establece directrices para la gestión del cambio climático (Congreso de la República, 2018); el CONPES 4058 de 2021 sobre variabilidad climática; la *Política Nacional de Cambio Climático* (2017); el Decreto 298 que establece reglas para el funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio Climático (SISCLIMA) (Presidencia de la República de Colombia, 2016); y el CONPES 3700 de 2011 sobre estrategias para articulación de políticas y acciones en el tema.

En el marco jurídico nacional no se nombra ni se define la gobernanza climática o del cambio climático a pesar del uso de estos términos en las páginas web del Gobierno, discursos y eventos oficiales. No obstante, en la formulación de los instrumentos territoriales de cambio climático se encuentra el diseño de mecanismos de gobernanza. Podrían citarse como ejemplos los planes de acción climática (PAC) de Bogotá y Medellín.

En el caso del Distrito Capital, aunque la gobernanza climática no se define, se identifica la necesidad de “consolidar alianzas” con actores de sector privado, la sociedad civil y la academia “que pueden aportar sus recursos y experiencias específicas para resolver desafíos emergentes en territorios de difícil acceso o en áreas y temas inexplorados por el sector público” (Alcaldía de Bogotá, 2020, p. 134). Para el caso de Medellín, la gobernanza climática se define como una estrategia “conformada por una estructura que involucra y ordena los diferentes niveles y actores involucrados en la gestión climática” (Alcaldía de Medellín, 2021, p. 178).

En lo que respecta a los mecanismos por medio de los cuales se pone en práctica la gobernanza, el Artículo 5 del Decreto 298 crea la Comisión Intersectorial de Cambio Climático y los nodos regionales de cambio climático (Presidencia de la República, 2016). La primera es un espacio de articulación intersectorial entre ministerios y el Departamento Administrativo de Planeación que tiene como principal misión “establecer las políticas, los criterios y las acciones asociadas al logro de los objetivos” de cambio climático de manera articulada con las políticas de desarrollo sectorial (Presidencia de la República, 2016, Artículo 8); y los segundos están concebidos como “mecanismos innovadores de gobernanza colaborativa” cuyo objetivo es lograr que todo el país “tenga un plan apropiado al contexto, para adaptarse a los impactos del cambio climático y mitigar las emisiones de GEI” (Rodríguez Granados et al., 2020, p. 10). Son las instancias de coordinación del SICLIMA en el ámbito regional y dependen “de que los gobiernos regionales se coordinen entre sí y vinculen a la sociedad civil, el sector privado, la academia y comunidades locales para planear en conjunto acciones climáticas para la resiliencia y el desarrollo sostenible” (Rodríguez Granados et al., 2020,

p. 10). La norma reglamentaria establece su objeto, su forma de integración y autoriza que cada nodo regional establezca su propio reglamento operativo y adopción de su plan de acción.

Atributos comunes de los tipos de gobernanza ambiental

Tal como se apuntaba en su momento, los diversos tipos de gobernanza ambiental descritos brevemente indican un evidente progreso en la inclusión del lenguaje de la gobernanza por el Gobierno colombiano en la gestión pública ambiental. Aunque no existe un concepto común con atributos definidos claramente para todos los tipos de gobernanza en los documentos oficiales, debido al desarrollo desigual de políticas, normas y mecanismos, tal vez explicable por la complejidad de los asuntos que se abordan (Ibarra Güell, 2011, p. 254), en este acápite se intentará una aproximación a elementos comunes que luego permitan establecer las características de lo que se ha llamado *gobernanza ambiental* por el Gobierno y su encaje en el ordenamiento jurídico.

Para llevar a cabo este análisis, la siguiente matriz (ver Tabla 1) presenta los atributos compartidos con base en los elementos más comunes en la literatura ambiental objeto de análisis en Castro-Buitrago (2017, p. 56).

Tabla 1. Atributos comunes de los tipos de gobernanza ambiental

| Tipo de gobernanza | Atributos | | | | |
|--------------------|---|---|--|--|--|
| | Participación ciudadana (sector privado, academia, organizaciones civiles, etc.). | Coordinación de actores en toma de decisión | Rol de la Administración coordinación de autoridades | Diálogo sobre asuntos de interés público | Iniciativa y reconocimiento institucional del espacio de diálogo |
| Agua | x | x | x | x | x |
| Biodiversidad | x | x | | x | x |
| Forestal | x | x | | x | x |
| Aire | x | x | x | x | x |
| Climática ... | x | x | x | x | x |

En las definiciones y nociones de gobernanza destaca que, además de ser coherentes con la necesidad de promover la participación ciudadana en todos los niveles de decisión, se asume la gobernanza como un modo de toma de decisión distinto a la tradicional forma de gestionar los asuntos ambientales a través de los instrumentos unilaterales de comando y control, como iniciativa de las autoridades correspondientes y que se diferencia de los mecanismos de participación formales. Aunque todavía en los documentos no se establece con determinación el rol de las autoridades públicas como coordinadores de intereses (véase,

por ejemplo, los planteamientos de la gobernanza forestal y de la biodiversidad), lo cierto es que esta es la tendencia que recoge la manera en que se gestionan los asuntos públicos y no solo ambientales, dado que, como lo expresa Schmidt Assmann (2012):

el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal, puesto que también los son otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (europeo, por ejemplo); así como empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil. (p. 49)

Esta manera de asumir la toma de decisiones en asuntos fundamentales para la gestión pública de lo ambiental se acompaña de mecanismos o instrumentos especiales para el encuentro con los diferentes actores y su deliberación. Tratar de describir cada uno de estos instrumentos es una tarea casi imposible, dado que son creados de acuerdo con la complejidad del asunto a tratar, el nivel territorial de toma de decisión y el alcance de la participación que requiere; por lo que podemos hablar de procesos de gobernanza como una forma de actuación de la Administración que puede ser formal en la medida que la establece una ley o reglamento,⁸ o informal en tanto no existe una norma que cree el espacio en concreto (Pérez-Niño & Leguizamón-Arias, 2020, p. 205).

En la mayoría de los casos, estos mecanismos no están reconocidos en una norma nacional o reglamento del orden local, como sucede con las mesas de trabajo o comités descritos, por lo que las reglas sobre su procedimiento son también parte de acuerdos entre los actores, lo que implica un desafío para el cumplimiento de las garantías de la democracia participativa y, sobre todo, la teoría de las formas jurídicas de la cual se deducen los alcances de la actuación administrativa. Incluso en los casos de creación formal, las normas no establecen reglas claras sobre la sostenibilidad del mecanismo, el alcance de los acuerdos, su vinculatoriedad y formas de rendición de cuentas (Castro-Buitrago et al., 2019, p. 56).

Es por ello por lo que su interpretación a la luz de la democracia participativa y de las garantías constitucionales es pertinente; no solo para decidir si estos mecanismos de gobernanza se encuentran ajustados o no a la Constitución, que no deja de ser un tema relevante, sino para establecer cómo la gobernanza ambiental y sus mecanismos son innovaciones que permiten avanzar y adecuar el Derecho a la complejidad de los asuntos ambientales. Permiten hablar de transformaciones en la relación Estado-ciudadanía, discutir el rol tradicional de la autoridad pública y el futuro del control judicial de los actos de la Administración.

⁸ Como es el caso de los consejos de cuencas o los nodos regionales de cambio climático.

Democracia participativa y gobernanza ambiental

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha resaltado “el alcance y proyección del principio democrático y de participación en la Constitución de 1991” como pilares del “Estado Social de Derecho, de modo que irradian el ordenamiento jurídico, al igual que las actuaciones de las autoridades públicas” (Corte Constitucional de Colombia, 2017, Sentencia T-361)⁹. La Corte ha señalado que el principio democrático posee una “función interpretativa y de fijación de pautas para la resolución de casos e identificar si determinada disposición respeta la Constitución”; de acuerdo con esta función, en la toma de decisiones se debe garantizar la injerencia de las personas que podrían estar afectadas “traducidas generalmente en decisiones con incidencia sobre sus libertades, derechos, patrimonio y demás ámbitos propios del desenvolvimiento en sociedad” (Corte Constitucional de Colombia, 1998, Sentencia T-235).

La dimensión participativa del principio democrático implica el ejercicio del control político como un derecho que, correlativamente, impone el deber a los servidores públicos de motivar la participación de las personas interesadas en los asuntos públicos sin oponer obstáculos: “como quiera que el escrutinio del pueblo en ámbitos, actuaciones e implementaciones de políticas, es fundamental para la democratización de la sociedad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361, 2017). De esta manera, el principio de participación, como maximización del principio democrático, asume que

el ciudadano goza de plena confianza del gobierno sobre su madurez cívica, de ahí tiene el derecho a participar en todos los procesos decisorios que puedan afectarlo. La nueva visión del pueblo descansa en la idea de que él sabe cuáles son sus necesidades verdaderas y es el más interesado en la obtención de los resultados de las políticas sociales. (Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-361, 2017)

La posibilidad de intervención de la ciudadanía en todo tipo de decisión que le compete ha implicado el reconocimiento de que la participación, como un derecho fundamental, puede concretarse en la intervención de procesos de decisión distintos a los “de la democracia representativa, de los mecanismos de participación ciudadana o/y de las acciones judiciales” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637, 2001), como programas, planes o, en general, en la formulación de políticas. De acuerdo con la Corte, “en la democracia participativa no sólo [sic] se valora más al ciudadano, sino que, en razón a ello, el sistema político puede alcanzar mayores niveles de eficiencia” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637, 2001).

⁹ Este fallo cita textualmente que reitera las reglas jurisprudenciales de las “Sentencias C-089 de 1994, C-447 de 1995, C-510 de 1996, C-179 de 2002, SU-1122 de 2001, C-577 de 2014, C-150 de 2015, C-379 de 2016”.

Así, el contenido de la democracia participativa guarda relación con la emergencia del término de gobernanza ambiental en la gestión pública,¹⁰ dado que ante “la insuficiencia de los mecanismos legales administrativos unilaterales para manejar la crisis ambiental” (Castro-Buitrago, 2017, p. 154), se confía en diferentes actores ciudadanos para alcanzar los objetivos de las políticas mediante procesos de coordinación de intereses, el diálogo y la concertación como se explicó en el apartado correspondiente.

En este sentido, entre democracia participativa y gobernanza ambiental existe un diálogo de doble vía, inductivo-deductivo, en donde la gobernanza como concepto puente plantea la necesidad de nuevas formas de gobernar, de tomar decisiones, más flexibles que las impuestas por la teoría del derecho administrativo general;¹¹ se hace presente la innovación a través de la riqueza de los procesos de diálogo entre autoridades de todos los niveles de Gobierno y la ciudadanía, representada en diversos sectores. El sector de referencia del derecho ambiental es uno de los sectores en donde ocurren estas novedosas prácticas y se convierte en una suerte de repositorio de innovaciones que transforman la actividad administrativa y amplían las formas de la participación ciudadana.

De esta manera, la doctrina constitucional se enriquece a partir de la constatación en la práctica del principio democrático (a través de la abstracción de los casos concretos) y, a su vez, despliega su función dogmática de guiar desde sus principios y axiomas generales cada caso, en una especie de círculo virtuoso que permite la sistematización y adaptación constante del derecho a la realidad.

En este orden de ideas, una interpretación sistemática de los mecanismos de gobernanza que no encuentran encaje en las formas de actuación tradicional, advierte que tales actuaciones se ajustan a un nuevo enfoque sobre la Administración en el marco del Estado Social de Derecho y que implica la revisión de las formas en que esta manifiesta su voluntad. De esta manera, la Administración se ve sometida a procesos de control que miden su actividad y resultados en tanto es la responsable de “la realización de los fines del Estado consagrados constitucionalmente” (Montaña Plata, 2010, p. 83). Es por ello que el papel directivo de los procesos sociales, o si se quiere de coordinación de intereses en los procesos de toma de decisión ambiental, corresponde a ese rol que exige la democracia participativa y que anima a una Administración más abierta, inclusiva y proactiva en la resolución de los problemas ambientales.

De otra parte, los mecanismos de gobernanza ambiental que promueven nuevos espacios de participación ciudadana deben integrarse al repertorio de actuaciones de la Administración, de manera que encuentren las garantías necesarias para alcanzar los objetivos de

¹⁰ Se asume la gestión pública ambiental como “las actividades estatales necesarias para la implementación de las políticas públicas sobre la cuestión ambiental, o el gerenciamiento ecológico” (Negret, 2001, p. 115).

¹¹ La teoría de las formas jurídicas impone unas formas concretas mediante las cuales se configura y vincula la voluntad de la Administración en los actos administrativos, los contratos, los reglamentos, etc. (Castro-Buitrago, 2017, p. 154).

interés público perseguidos. Es por ello que, en muchos casos, estos alcanzan su reconocimiento en la doctrina administrativa como actuaciones informales de concertación y, por ello, deben gozar de legalidad y control judicial.

Por actuación informal¹² de concertación se entienden aquellas actuaciones en las que las autoridades promueven procesos de deliberación y de toma de decisiones con la participación de diferentes actores, mientras son competentes para ello, dada una habilitación legal general, y el objeto de diálogo es el logro de un fin jurídico-público, como la protección del ambiente. En la generalidad de los casos, estos procesos no tienen una regulación jurídica expresa del procedimiento que debe cumplirse y de su vinculatoriedad, aunque puede existir un mandato general para crear espacios de participación en una política pública o una ley para la gestión de ciertos asuntos (Castro-Buitrago, 2017, pp. 251-268).

En el análisis de gran parte de los espacios de gobernanza promovidos por los documentos de política o la legislación en materia de gobernanza de agua, del aire, de la biodiversidad, climática o forestal se encuentran coincidencias con los atributos de la actuación informal de concertación. Nos referimos a espacios sin regulación formal y que, de acuerdo con la investigación dogmática-jurídica —base de este trabajo— “el límite que distingue la actuación informal de la generalidad de las actividades materiales está ‘en función del grado de ‘procedimentalización’ de la actuación material y su previsión normativa’ (Agudo González, 2011, p. 21). En este caso, “la actuación informal será aquella que estrictamente no posee ningún grado de ‘procedimentalización’, esto es, no se presenta en la práctica como una actuación precedente a la expedición de un acto administrativo o un contrato” (Castro-Buitrago, 2017, p. 256). Este concepto también puede explicarse como aquellos espacios de diálogo o concertación de iniciativa de las autoridades públicas que no poseen un procedimiento expreso regulado por la ley y pueden o no ser creados por un acto jurídico-público.

No obstante, aunque su creación no está sujeta a la presencia de un acto jurídico-público como puede ser un reglamento o acto administrativo, ello “no desconoce que las actuaciones informales pueden, de todos modos, vincularse luego de su ‘perfeccionamiento’, esto es cumplidos sus cometidos, con actos posteriores” (Castro-Buitrago, 2017, p. 256). Su falta de vinculación a un acto jurídico-público inicial es parte de la falta de la concreción de un procedimiento especial por el cual se tramita la participación. No obstante, existe una norma habilitante.

En lo que respecta a los mecanismos de gobernanza ambiental, la Ley 99 de 1993 incorpora el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 y en sus Artículos 31 y 32 habilita a las autoridades ambientales a llevar a cabo mecanismos de concertación con el sector privado, así como promover la participación comunitaria. Igualmente, la actua-

¹² En la doctrina administrativa, las actuaciones informales se han relacionado a los fenómenos que integran la llamada actividad material o técnica de la Administración (Stober & González-Varas, 1995).

ción informal busca obtener un fin jurídico-público, aunque los intereses privados pueden coincidir, estas actuaciones tienen como objeto el cumplimiento de los fines de una política pública o de una regulación especial, como se identificó en los espacios de gobernanza reseñados. Y siendo una iniciativa de la Administración, estas actuaciones son promovidas por “las mismas autoridades competentes de ejecutar las funciones relacionadas con el fin jurídico-público que persigue la actividad formal” (Castro-Buitrago, 2017, p. 262). Es decir, que “la informalidad no se desarrolla a espaldas de la legalidad” (p. 262).

Esta breve comparación de la actuación informal con los mecanismos de gobernanza tiene también la intención de resaltar cómo toda la actividad de la Administración se hace en el marco del Estado Social de Derecho, lo que implica que no existe actuación que no esté gobernada bajo los mandatos constitucionales. De allí que, conjuntamente con el principio democrático y de participación, los demás principios que rigen la función pública actúan en ausencia de reglas expresas como parámetros de actuación, con lo cual todo proceso de gobernanza ambiental deberá gozar de las correspondientes garantías constitucionales.

El cumplimiento de estas garantías y las novedosas formas de actuación de la Administración no son temas desconocidos por la jurisprudencia administrativa y, al respecto, se ha abierto la posibilidad de su control judicial. En este sentido, el Consejo de Estado de Colombia (2014) ha considerado que,

en efecto, el hecho de actuar ésta [sic] [la Administración] en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (*command and control*) o Derecho Duro (*hard law*) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (*soft law*), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo.

En este escenario que plantea el Consejo de Estado, las pautas de actuación para controlar la actividad administrativa serán los estándares de participación presentes en la legislación y desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Estándares como garantizar la legitimación activa amplia en la participación, el acceso oportuno a la información ambiental relevante, la facilitación de los medios para la efectiva inclusión de personas y grupos en condición de vulnerabilidad, las reglas de diálogo transparentes y la debida asimilación de los aportes de los actores en los procesos de decisión, así como el respeto por la palabra dada y la garantía en los procesos de rendición de cuentas (Castro-Buitrago, 2017, p. 289; Rodríguez, 2021, pp. 333-335).

Esta reflexión implica asumir una aplicación amplia y sistemática del ordenamiento jurídico que, como se expuso antes, invita a ver el rol directivo de las autoridades administrativas como lo propone la teoría de la gobernanza proveniente de las ciencias políticas, en la que interesa más la forma en que se gobierna, y cómo se gestiona el poder y se coordinan intereses. Comprendida así la actividad administrativa, las garantías de la democracia participativa actúan como parámetros de actuación que contienen los posibles abusos de poder y entregan las condiciones para que el proceso de diálogo se de en el espacio de la legalidad y protección de derechos, sin que ello implique impedir la innovación de los mecanismos de gobernanza.

Conclusiones

La recepción del lenguaje de la gobernanza ambiental en el ordenamiento colombiano supone importantes desafíos para la dogmática-jurídica administrativa y constitucional, porque debe asumir la generación de conocimiento que actúe como una suerte de caja de herramientas para los tomadores de decisión con el objetivo de proveerlos de la teoría necesaria para llevar a cabo sus innovaciones bajo el mandato de la democracia participativa. Asimismo, implica el reto de generar confianza en la ciudadanía respecto a que sus derechos y garantías se encuentran a salvo cuando acuden a coadyuvar en la gestión de los problemas ambientales, a que sus aportes serán parte de un proceso, pues no solo impacta sobre una decisión en concreto, sino sobre la transformación de la propia manera en que se asume la gobernación de los asuntos ambientales en el país. Y por último, tiene el desafío de conservar la integridad del ordenamiento jurídico a través de una concepción amplia que permite incorporar nuevos enfoques del Gobierno provenientes de otras ciencias, sumar la complejidad de los asuntos ambientales, y la transformación que esta supone en la aplicación de las teorías tradicionales de la actividad administrativa y sus reglas de actuación para alcanzar decisiones que permitan hacer efectivo el mandato constitucional de protección ambiental.

El uso del concepto *gobernanza* para proponer espacios de coordinación de intereses y toma de decisiones debe incluir la garantía de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia ambiental en el marco del Acuerdo de Escazú, la normativa, y la jurisprudencia constitucional y administrativa aplicable. La revisión general de los documentos públicos sobre gobernanza indica la necesidad de aclaración sobre las pautas de actuación de las autoridades y el cumplimiento de los estándares de los derechos de acceso como reglas de procedimiento fundamentales para conducir el proceso participativo.

Este trabajo pretende ser una reflexión sobre el uso del concepto *gobernanza* en los documentos de política que plantean desafíos a la dogmática-jurídica interna. Ello exige plantearse de manera decidida cómo asumir los asuntos ambientales desde modelos de

gobierno más cooperativos, cercanos a las necesidades de las comunidades, a su comprensión del territorio y su relación con la naturaleza para prevenir conflictos en escenarios de transformación del Derecho a fin de alcanzar la justicia ambiental.

Referencias

- Agudo González, J. (2011). La concertación con la administración: especial referencia a la concertación informal. *Opinión Jurídica*, 10(1), 15–32.
- Agudo González, J. (2014). El método en el administrative law inglés: entre el discurso jurídico y discurso político. *Revista española de Derecho Administrativo*, (165), 411–454.
- Aguilar Villanueva, L. F. (2010). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- Alcaldía de Bogotá. (2020). *Plan de Acción Climática Bogotá 2020-2050*. <https://drive.google.com/file/d/1IkgIbbczdl38T5GRatQdJMG6IvLUhhPi/view>
- Alcaldía de Medellín. (2021). *Plan de Acción Climática Medellín 2020-2050*. https://www.medellin.gov.co/es/wp-content/uploads/2021/09/PAC-Medellin_Resumen_V3.pdf
- Castro-Buitrago, E. (2017). *Derecho ambiental y gobernanza: la concertación como actuación informal de la administración*. Editorial Universidad de Medellín.
- Castro-Buitrago, E. (2011). Aproximación al concepto de gobernanza en Colombia y algunos apuntes sobre su importancia en el derecho ambiental. *Opinión Jurídica*, 10, 33-56. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/733/674>
- Castro-Buitrago, E., Vélez-Echeverri, J., & Madrigal-Pérez, M. (2019). Gobernanza del agua y consejos de cuenca: análisis desde los derechos humanos al Agua y a la participación ambiental. *Opinión Jurídica*, 18(37), 43–63. <https://doi:10.22395/ojum.v18n37a1>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). *Ley 1931 de 2018. Por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87765#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,las%20acciones%20de%20adaptaci%C3%B3n%20al>
- Congreso de la República de Colombia. (2019). *Ley 1955 de 2019. Por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, pacto por la equidad*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=93970>

- Consejo de Estado de Colombia. (2014). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (M. P. Guillermo Vargas Ayala: noviembre 27). <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-33-000-2012-00533-01.pdf>
- Corpoamazonía. (s.f.). *Mesas forestales*. <https://www.corpoamazonia.gov.co/index.php/acciones-verdes/mesas-forestales>
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-235 de 1998*. M. P. Fabio Morón Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-235-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia T-637 de 2001*. M. P. Manuel José Cepeda. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-637-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-361 de 2017*. M. P. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-361-17.htm>
- Departamento Nacional de Planeación. (2018). *CONPES 3943, Política para el mejoramiento de la calidad del aire*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3943.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (2020). *CONPES 4021, Política nacional para el control de la deforestación y la gestión sostenible de los bosques*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4021.pdf>
- Díez Sastre, S. (2015). La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho Público. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (31), 105–135. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/673800/RJ_31_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gaitán Varón, M., Saavedra Plazas, G. C., & Lasso Orlas, M. A. (2021). *Modelo de la gobernanza del aire para Colombia*. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2022/03/GOBERNANZA_DEL_AIRE_DOC.pdf
- Ibarra Güell, P. (2011). *Democracia Relacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kloepfer, M. (1993). En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado. *Documentación administrativa*, (235-236), 33–54.
- Koch, L., Philipp, G., & Pahl-Wostl, C. (2021). Narratives, narrations and social structure in environmental governance. *Global Environmental Change*, 69, 1–13. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2021.102317>

- Lemos, M. C., & Agrawal, A. (2006). Environmental Governance. *Annual Review of Environment and Resources*, (31), 297–325. <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.energy.31.042605.135621>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2012). *Política nacional para la gestión integral de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos (PNGIBSE)*. <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/10/Poli%CC%81tica-Nacional-de-Gestio%C%81n-Integral-de-la-Biodiver.pdf>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). *Guía Técnica para la formulación de los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas (POMCAS)*. <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/10/Anexo-24.-Guia-Tecnica-Formulacion-POMCAs.pdf>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2022a). *Fortalecimiento Institucional y Gobernanza del Agua*. <https://www.minambiente.gov.co/gestion-integral-del-recurso-hidrico/fortalecimiento-institucional-y-gobernanza-del-agua/>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2022b). *Estrategia Nacional de Gobernanza del Agua (ENGA)*. <https://www.minambiente.gov.co/gestion-integral-del-recurso-hidrico/estrategia-nacional-de-gobernanza-del-agua-eng/>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2022c). *Visión Amazonía. Pilar 1: gobernanza forestal*. <https://visionamazonia.minambiente.gov.co/pilar-1-gobernanza-forestal/>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2022d). *Mesas forestales departamentales en Colombia*. <https://www.minambiente.gov.co/direccion-de-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistemas/mesas-forestales-departamentales-en-colombia/>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2022e). *Gobernanza del aire*. <https://www.minambiente.gov.co/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/gobernanza-del-aire/>
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, Departamento Nacional de Planeación y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). Inventario nacional y departamental de gases efecto invernadero – Colombia. Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático. IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLERÍA, FMAM. <https://oab.ambientebogota.gov.co/descargar/21700/>
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

- Negret, R. (2001). El desarrollo sustentable como propuesta política de la otra vía para América Latina y el Caribe. En E. Leff & M. Bastida (Eds.), *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable: perspectivas de América Latina y el Caribe* (pp. 105–126). PNUMA-UNAM.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (2022a). *Portafolio de nuevas áreas y ampliaciones del ámbito de gestión nacional, liderado por Parques Nacionales Naturales de Colombia*. <https://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/sistema-nacional-de-areas-protegidas-sinap/portafolio-de-nuevas-areas-protegidas-del-sistemas-de-parques-nacionales/>
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (2022b). *Memorando de entendimiento para implementar el plan de acción del SINAP*. <https://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/sistema-nacional-de-areas-protegidas-sinap/memorando-de-entendimiento-para-implementar-el-plan-de-accion-del-sinap/#:~:text=3El%20Memorando%20de%20Entendimiento%20%2DMdE,SINAP%2C%20en%20el%20marco%20del>
- Pérez-Niño, W., & Leguizamón-Arias, W. (2020). Gobernanza ambiental en Boyacá: un análisis “glocal”. *Entramado*, 16(2), 202–218 <https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6662>
- Porras Sánchez, F. (2016). *Gobernanza: propuestas, límites y perspectivas*. Editorial Mora.
- Presidencia de la República de Colombia. (2016). *Decreto 298 de 2016. Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio Climático y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 49.796 de febrero 24 de 2016. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68173>
- Rodríguez Granados, R., Adriázola, P., Landesman, T., Devis Posada, P., & Calderón Peña, G. (2020). *Nodos Regionales de Cambio Climático en Colombia. Práctica real en Cambio Climático Colaborativo*. Fondo Acción.
- Rodríguez, G. (2021). *Yo participo, tú participas, otros deciden: la participación ambiental en Colombia*. Friederich Ebert Stiftung- Foro Nacional Ambiental.
- Schmidt Assmann, E. (2003). *La Teoría del Derecho Administrativo como sistema* (M. Bacigalupo, J. Barnés, J. García Luengo, R. García Macho, J. M., Rodríguez de Santiago, B. Rodríguez Ruíz, G. Valencia, F., & Velasco, A. H., Trads.). Marcial Pons-INAP.

- Schmidt Assmann, E. (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. En J. Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo 2.0* (pp. 15–132). Derecho Global.
- Stober, R., & González-Varas, S. (1995). Las actuaciones materiales o técnicas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (267), 573–590. <https://revistas-online.inap.es/index.php/REALA/article/view/8878/8927>
- Vosskuhle, A. (2012). Sobre el método del Derecho Administrativo. En J. Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo 2.0* (pp. 141–188). Derecho Global.
- Zhaopeng, Ch., Chen, B., & Yang, J. (2022). How can public participation improve environmental governance in China? A policy simulation approach with multi-player evolutionary game. *Environmental Impact Assessment Review*, 95. <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2022.106782>

INSTITUCIONALIDAD Y MARCO JURÍDICO-POLÍTICO PARA UNA JUSTICIA CLIMÁTICA EN CENTROAMÉRICA¹

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría*, Ana María Roldán Villa**

Introducción

La región de América Latina y el Caribe es la segunda en el ámbito mundial más proclive a sufrir desastres naturales, una realidad que se ha intensificado en los últimos años como consecuencia del cambio climático (Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2020). En especial, la región centroamericana es particularmente vulnerable, no solo por su debilidad e incapacidad institucional (Lazo Vega, 2020; Parthenay, 2021), sino también por los efectos del cambio climático asociados a su ubicación geográfica, al tamaño de sus territorios, a la insuficiente capacidad para atender las emergencias, a la degradación de suelos y a la alta densidad poblacional (*Inter-American Development Bank, 2014*; Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2020).

Eventos naturales como inundaciones, tormentas tropicales, huracanes, movimientos en masa y avenidas torrenciales están vinculados al cambio climático que han afectado la región en los últimos años, e incrementan la preocupación en la sociedad civil y las demandas preventivas y prestacionales para los Estados, en la medida que esos eventos se presentan

¹ Resultado del proyecto de investigación *Acceso a la justicia para la protección de derechos colectivos y del ambiente, el acceso a la información y la participación democrática: Fase II-Derechos Bioculturales e Intergeneracionales*, 2021, desarrollado por la Universidad Católica Luis Amigó desde la línea de investigación "Derecho y Sociedad," del grupo de investigación Jurídicas y Sociales, y la Universidad Autónoma Latinoamericana desde la línea de investigación "Constitucionalismo Crítico y Derechos Humanos" del grupo de investigación Constitucionalismo Crítico y Género, ambas en Medellín, Colombia.

* Abogado y magíster en Derecho de la Universidad de Medellín; estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España; docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6280-005X> Correo electrónico: jorge.vasquezsa@amigo.edu.co

** Abogada de la Universidad de Medellín; magíster en Derecho Internacional de University of East London, Inglaterra; docente investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5678-261X>. Correo electrónico: ana.roldanvi@amigo.edu.co

cada vez con mayor frecuencia e intensidad, disminuyendo la capacidad de recuperación de los países afectados y ahondando las debilidades de su capacidad institucional. Las repercusiones sociales y económicas han sido devastadoras para la región (ver Tabla 1):

Tabla 1. Eventos hidrometeorológicos en Centroamérica (1970-2020)

| Año | Lugar | Tipo de evento | Muertos | Damnificados directos | Daños económicos (USD) |
|------|-------------------|--|---------|-----------------------|----------------------------|
| 1974 | Honduras | Huracán Fifi | 7.000 | 3.000.000 | 154 millones |
| 1979 | Rep. Dominicana | Huracanes David y Federico | 2.000 | 1.200.000 | 830 millones |
| 1982 | Nicaragua | Inundaciones | 80 | 70.000 | 357 millones |
| 1982 | El Salvador | Sequías e inundaciones | 600 | 20.000 | 126 millones |
| 1982 | Guatemala | Precipitaciones, sequía y depresión tropical | 610 | 10.000 | 160 millones |
| 1982 | Nicaragua | Inundaciones y sequía | 80 | ... | 447 millones |
| 1988 | Nicaragua | Huracán Joan | 148 | 550.000 | 840 millones |
| 1996 | Costa Rica | Huracán César | 39 | 570.000 | 151 millones |
| 1996 | Nicaragua | Huracán César | 9 | 110.000 | 50 millones |
| 1998 | Rep. Dominicana | Huracán Georges | 235 | 296.637 | 1,500 millones |
| 1998 | Centroamérica | Huracán Mitch | 9.975 | 1.895.437 | ... |
| 2000 | Belice | Huracán Keith | 10 | 57.403 | 280 millones |
| 2005 | Guatemala | Tormenta Stan | 669 | 474.821 | 983 millones |
| 2016 | Panamá-Costa Rica | Huracán Otto | 10 | 10.831 | ... |
| 2017 | Costa Rica | Tormenta Nate | 11 | 11.517 | 185 millones |
| 2020 | Honduras | Tormenta Tropical Eta, huracán OITA | 95 | 437.000.000 | 52.099 millones (Lempiras) |

Nota. Adaptado de varios informes de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y otros.²

Adicional a las pérdidas humanas y económicas, uno de los mayores impactos de los desastres naturales en la región es la migración climática. De acuerdo con el *Informe Mundial de Desplazamiento Interno*, en el ámbito global 24,9 millones de personas fueron desplazadas por desastres, 23,9 millones se desplazaron como consecuencia de fenómenos climáticos, de los cuales 245,000 lo hicieron por temperaturas extremas; 65,800 por deslizamientos de tierra, 276,700 debido a sequías; 528,500 por incendios forestales; 13 millones por tormentas; 10 millones a causa de inundaciones y 11,9 millones por ciclones, huracanes y tifones (Observatorio de Desplazamiento Interno, 2020). En cuanto a la región centroamericana, los datos no son precisos debido a que países como El Salvador, Guatemala y Honduras no cuentan con registros oficiales sobre el desplazamiento interno o movimientos transfronterizos, por lo que las cifras —otorgadas por organizaciones no gubernamentales— son estimaciones

² CEPAL (1974), *Informe sobre los daños y repercusiones del Huracán Fifi en la economía Hondureña*; CEPAL (1979) *República Dominicana: Repercusiones de los huracanes David y Federico sobre la economía y las condiciones sociales*; CEPAL (1982) *Nicaragua: las inundaciones de mayo de 1982 y sus repercusiones sobre el desarrollo económico y social del país*; CEPAL (1982a) *El Salvador: los desastres naturales de 1982 y sus repercusiones sobre el desarrollo económico y social*; CEPAL (1982b) *Repercusiones de los fenómenos meteorológicos de 1982 sobre el desarrollo económico y social de Nicaragua*; Cepal (1982c) *Daños ocasionados por el huracán Joan en Nicaragua: sus efectos sobre el desarrollo económico y las condiciones de vida, y requerimientos para la rehabilitación y reconstrucción*; CEPAL (1996) *Efectos de los daños ocasionados por el huracán César sobre el desarrollo de Costa Rica en 1996*; CEPAL (1998d) *República Dominicana: evaluación de los daños ocasionados por el huracán Georges*, 1998: *sus implicancias para el desarrollo del país*; CEPAL (1998e) *Centroamérica: evaluación de los daños ocasionados por el huracán Mitch*, 1998: *sus implicaciones para el desarrollo económico y social y el medio ambiente*; CEPAL (2000) *Belize: assessment of the damage caused by hurricane Keith*, 2000: *implications for economic, social and environmental development*; CEPAL (2005) *Efectos en Guatemala de las lluvias torrenciales y la tormenta tropical Stan*; Instituto Meteorológico Nacional de Costa Rica (s.f.) *Huracán Otto*, informe técnico; CEPAL (2021) *Evaluación de los efectos e impactos causados por la tormenta tropical Eta y el huracán Iota en Honduras*.

que no muestran con exactitud los datos, lo que impide un acercamiento completo y certero del fenómeno. El informe discrimina el total de desplazamientos por desastres en 2019: en El Salvador fue de 1.900 personas; en Costa Rica de 390; en Guatemala de 21.000 desplazados; en Nicaragua se registraron 580; en Panamá 240 y en República Dominicana tan solo 18 personas (Observatorio de Desplazamiento Interno, 2020, pp. 102-104). La exposición al riesgo de la región centroamericana se devela en el trabajo de Lazo Vega (2020) a partir de los datos del *Global Climate Risk Index* del *Germanwatch* (2019), donde la vulnerabilidad es alarmante en cuatro de los siete países que integran la región (ver Tabla 2):

Tabla 2. Ranking Índice de Riesgo Climático Global

| Ranking mundial | País | Valor IRC | Muertos (promedio anual) | Muertos por 100.000 habitantes (promedio anual) | Pérdidas en millones de dólares (PPA) (promedio anual) |
|-----------------|-------------|-----------|--------------------------|---|--|
| 2 | Honduras | 13.00 | 302.450 | 4.215 | 556.56 |
| 6 | Nicaragua | 20.00 | 163.600 | 2.945 | 223.25 |
| 14 | Guatemala | 36.50 | 98.600 | 0.709 | 394.455 |
| 16 | El Salvador | 37.67 | 32.300 | 0.530 | 277.55 |
| 30 | Belice | 47.67 | 2.350 | 0.759 | 66.154 |
| 92 | Costa Rica | 87.67 | 6.700 | 0.153 | 66.303 |
| 98 | Panamá | 91.17 | 10.000 | 0.285 | 38.097 |

Nota. Adaptado de “Centroamérica y el cambio climático: de la planificación a la acción”, por Lazo Vega, M. A. (2020). *Realidad y Reflexión*, 20(51), p. 84. <https://doi.org/10.5377/ryr.v51i0.9845>. Derechos de autor 2020 por Central American Journals Online.

La crítica condición de vulnerabilidad climática a la que se enfrenta Centroamérica motiva a reconducir la mirada sobre los referentes institucionales, jurídicos y políticos elaborados por la región para hacer frente al cambio climático y al afianzamiento de las condiciones que permitan una justicia climática. En ese contexto, que es una realidad común para todos los países de la región, e incluso por encima de las iniciativas y los esfuerzos estatales, el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) se consolida como una plataforma regional a partir de la cual se gesta y ejecuta una visión jurídico-política común que tiene como fin la protección de los derechos de la población centroamericana, en la que tienen cabida las amenazas y la vulnerabilidad detonadas por el cambio climático.

El SICA tuvo nacimiento a comienzos de la década de 1990 en la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), una figura que había tenido origen en 1951 por medio de la Carta de San Salvador (1951), y bajo la cual se alcanzaron avances de relevancia jurídico-política para la región, como el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana de Tegucigalpa (1958); el Tratado General de Integración Económica Centroamericana de Managua (1960), y la creación del Banco de Integración Económica. La ODECA fue una estrategia de contención al avance del comunismo en la región, lo que representó una fuerte influencia de los Estados Unidos y una focalización en la integración económica, aduanera y militar (Solano Muñoz, 2020; Aguilera, 2015) lo que como etapa de la integración regional, se define como un proyecto “relativamente exitoso;

el cual tomó un matiz económico que permitió a los países hasta cierto punto, ahuyentar y acabar con la pobreza” (Rodríguez Chaves, 2018, p. 74), pero de la cual no se identifican antecedentes en el sector ambiental.

Desde entonces, Panamá, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Belice y la República Dominicana progresan en la integración regional a través del SICA, un esquema que fue formalizado con el Protocolo de Tegucigalpa (1991), el cual no admite reservas, y sobre el que, con el pasar de los días, le da mayor atención a las dimensiones ambientales, en especial a las climáticas. En cumplimiento de su propósito integracionista, el SICA se encamina a un modelo de seguridad regional sustentado, entre otros, en la protección del medio ambiente (Protocolo de Tegucigalpa, 1991, Artículo 3. b) y en concertar acciones para su preservación “por medio del respeto y armonía con la naturaleza, asegurando el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del área, con miras al establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la región” (Protocolo de Tegucigalpa, 1991, Artículo 3, i).

En los 30 años del SICA, y a partir de los compromisos adquiridos por sus Estados miembros, el reconocimiento de su institucionalidad y de su marco jurídico, político y ambiental fijan como punto de partida a la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), “la cual fue creada dentro del marco de los Acuerdos del Plan de Paz de Esquipulas II” (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 62) pero se formalizó por medio del Convenio Constitutivo en San Isidro de Coronado (1989), el cual entró en vigencia en junio de 1990 con una estructura institucional para hacer frente a esos desafíos, toda vez que en ella se localiza el Consejo de Ministros de Medio Ambiente, que se respalda en el Foro de la Sociedad Civil y en el Foro de Cooperantes, los Comités Técnicos³ y la Secretaría Ejecutiva. El Convenio Constitutivo de la CCAD “reconoció la necesidad de establecer un mecanismo regional de cooperación para la utilización racional de los recursos naturales, el control de la contaminación y el restablecimiento del equilibrio ecológico, buscando asegurar una mejor calidad de vida para los Centroamericanos” (Aguilar Rojas e Iza, 2009, p. 62), un resultado que contribuye a redefinir la integración a través del SICA, gracias a que la existencia de un marco de seguridad jurídica sobre el ambiente y el uso de los recursos naturales es uno de los pilares para tener una paz duradera (Aguilar, 2001). Además, el Convenio Constitutivo de la CCAD la facultó para formular estrategias para el desarrollo ambiental sustentable acompañado de un plan de acción, razón por la cual orientó la ejecución de sus acciones a través de los Planes Ambientales de la Región Centroamericana (PARCA), que se perfilan como instrumentos de política regional con periodos de vigencia de cinco años, por medio de los cuales se dinamizó y materializó la creación de otras figuras.

³ Aguilar Rojas e Iza (2009) explican que existen los siguientes comités técnicos: el Consejo Centroamericano de Bosques, el Consejo Centroamericano de Áreas Protegidas, el Comité Cambio Climático, el Comité CITES, el Comité de Comunicadores Institucionales de Medio Ambiente, el Comité Humeadle, el Comité Técnico de Biodiversidad, el Comité Técnico de Diversificación y Sequía y el Comité Técnico de Evaluación de Impacto Ambiental.

En los 30 años del SICA, la conjugación de los desafíos globales con el constante trabajo integracionista, permite hablar de una experiencia institucional de luces y sombras, donde la integración se esfuerza por sobreponer el potencial de sus valores comunes sobre las amenazas crecientes, entre las cuales se encuentra el cambio climático. La paz, la libertad, la democracia y el desarrollo que definen el objetivo fundamental del SICA (Protocolo de Tegucigalpa, 1991, Artículo 3) son pilares a partir de los cuales institucionaliza su agenda contra el cambio climático como uno de los retos contemporáneos que le demandan acción jurídico-política, que encaminan a la región a la consolidación de referentes para la realización de una justicia climática.

El trabajo del SICA frente al cambio climático hace que los valores citados se traduzcan en la base para una actuación solidaria que entremezcle la “limitación del interés propio con la consideración del interés ajeno, y esto aún en una ausencia de la expectativa de una contrapartida recíproca” (Dallinger, 2009, como se cita en Sierra, 2013, p. 1). La elaboración jurídico-política del SICA sobre el cambio climático habla de una conciencia reflexiva de pertenencia (Sierra, 2013) entre los Estados que integran el sistema, lo que hace del SICA “una región con sociedades integradas pero no amalgamadas” (Laursen, 1976, como se cita en Solano Muñoz, 2017, p. 155), lo que se traduce en una institucionalidad común intergubernamental y supranacional que permite compartir marcos jurídico-políticos en varios ámbitos, siendo uno de ellos el ambiental, y con respaldo en él, el de cambio climático.

El ambiental fue uno de los sectores frente a los cuales se abrió el SICA después de suscribir el Protocolo de Tegucigalpa (1991) y el Protocolo de Guatemala (1998), lo que desencadenó la aparición de nuevos grupos en la región, del Foro Social Centroamericano de Ambiente & Desarrollo – FOSCAD, y la creación del Subsistema Ambiental Centroamericano (Parthenay & Sánchez, 2011). En ese contexto se propone la pregunta: ¿cómo ha sido la evolución de los referentes institucionales, jurídicos y políticos del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) para hacer frente al cambio climático?, razón por la que se analiza la experiencia institucional, jurídica y política del SICA en el sector ambiental en el que respalda las acciones para promover una justicia climática. Para ello, en un primer momento se explora la figura de la justicia climática como un fin institucional y jurídico-político para la región, se describen los referentes institucionales, jurídicos y políticos creados por el SICA, incorporando un análisis crítico que emerge y se ahonda a través del avance de la descripción, posteriormente se correlaciona esa experiencia con el desarrollo de los Estados que integran el SICA, para finalmente ofrecer algunas conclusiones.

Metodología

Para analizar la evolución de la experiencia institucional, jurídica y política del SICA en el sector ambiental que respalda las acciones de una posible justicia climática, este trabajo empleó el modelo cualitativo porque se concentra en “la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno” (Aranzamendi, 2015, p. 148), para nuestro caso, de tipo jurídico-dogmático, toda vez que aprehende una realidad regional a través de expresiones soberanas de autoridad plasmadas en fuentes documentales de categoría especial como las políticas y las disposiciones jurídicas supranacionales y nacionales de siete Estados, y sobre ese tipo de objetos la dogmática jurídica exige articular y reunir de manera ordenada el conjunto de dispositivos sobre un referente común (Sánchez Zorrilla, 2011), como sucede con los que se congregan en el sector institucional ambiental de Centroamérica, facilitando “proceder frente a la selección del material normativo” (Agudelo Giraldo et. al, 2018, p. 33) a través de niveles de descripción y sistematización.

Se empleó la sistematización de experiencias, entendida como “la reconstrucción y reflexión analítica de una experiencia mediante la cual se interpreta lo sucedido para comprenderlo; ... permite obtener conocimientos consistentes y sustentados, comunicarlos, confrontar la experiencia con otras y con el conocimiento teórico existente” (Expósito & González, 2017, p. 2). La descripción y sistematización se fundamentó en el análisis documental recabado a partir de un rastreo cronológico guiado por la expedición de las principales políticas e instrumentos jurídicos del SICA: periodo 1994-1999 respaldado en la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), 2000-2005 en el PARCA I, 2005-2010 en el PARCA II, 2010-2014 apoyado en el PARCA III y en la Estrategia Regional de Cambio Climático (ERCC, 2015) en la Estrategia Regional Ambiental Marco (ERAM), y 2018-2022 en la segunda ERCC. Con base en esos referentes y en la distribución temporal de la evolución jurídica y política del SICA se rastrearon las normas y políticas climáticas de los siete países de la región, información que fue depositada en una matriz que permitió triangular las descripciones supranacionales de los seis periodos de evolución con las desarrolladas en el ámbito interno por los Estados.

La justicia climática, ¿un fin de la región centroamericana?

Todos los países del SICA coinciden en haber ratificado la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC, 1992) así como el Protocolo de Kioto a la CMNUCC (1997), cuyas disposiciones están perfiladas a la justicia climática y orientarían

los marcos regionales. Así se desprende de la Declaración de Antigua de los Presidentes de las Comisiones de Ambiente y Recursos Naturales de las Asambleas Legislativas de Centroamérica (CICAD, 2008), donde el SICA reconoce que la responsabilidad frente al cambio climático “debe ser diferenciada, considerando el volumen total de las emisiones de gases efecto invernadero que emitimos como región, con relación a volúmenes globales, así como los impactos en la población y la economía de nuestros países” (Propuesta 1). Lo anterior se confirmó con la Declaración de San Pedro Sula (2008), en la cual invocando el “principio de responsabilidad común pero diferenciada ante los efectos del cambio climático, hacer un llamado a los países del Anexo 1 del Protocolo de Kioto, a tomar medidas urgentes para cumplir con sus compromisos”, un instrumento que se constituye en la base de las ERCC, en el cual la justicia climática se ampara en el principio de la “Justicia ambiental y compensación por deuda ecológica” (2010 p. 46; 2018, p. 102).

Lejos de desconocer la necesidad de aplicar la justicia climática, el marco jurídico-político del SICA se adscribe en la comprensión de que el Norte Global tiene una deuda acumulada con el sur, promoviendo un marco que no es ajeno a la movilización e intentos de reivindicación de grupos latinoamericanos y del Caribe ante las políticas que conducen a la explotación desmedida, y ante la falta de eficacia de los resultados propuestos para combatir el cambio climático por parte de quienes han sido sus principales responsables, una explotación desbordada que, unida con la ineficacia, cimientan dos de los puntos de partida de la justicia climática (Luna et al., 2010), un concepto que se sustenta en el principio de responsabilidad común pero diferenciada, que pregona que “los efectos ambientales del proceso de cambio climático global no afectarán a todos de la misma manera” (Campello Torres et al., 2020), en la medida que no todos los países son directamente responsables, ni lo son en la misma proporción dentro del “sistema de acumulación irracional” (Beltrán, 2009, p. 8).

La justicia climática adquirió un reconocimiento internacional gracias a la cumbre paralela que movimientos y organizaciones internacionales tuvieron en la Conferencia de las Partes de la Convención sobre Cambio Climático (COP6) en el año 2000. Desde entonces ha sido impulsada por movimientos sociales, como se devela de la aprobación de los Principios de Justicia Climática de Bali, Indonesia, en 2002; la Coalición “Justicia Climática Ya” proclamada también en Bali, en 2007; la Primera Audiencia del Tribunal Internacional de Justicia Climática en Cochabamba, Bolivia, en 2009; o la IV Cumbre de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Abya Yala, en Puno, Perú, en 2009 (Luna et al., 2010). En el seno de esos movimientos, la justicia climática ha emergido al momento de considerar la realización de los objetivos globales de mitigación en el modelo de desarrollo sostenible (Campello Torres et al., 2020) y se corresponde con un fenómeno político y social que localiza el tema climático dentro de un marco mayor definido por la justicia ambiental (Rasmussen & Pinho, 2016).

La justicia climática que tiene lugar en el marco jurídico-político del SICA está localizada en un escenario más global que doméstico, pues, como explica Bellver Capella (1996), se desprende del concepto de justicia ambiental acogido en los Estados Unidos, y busca luchar contra las instalaciones contaminantes que afectan sectores de la población que por su localización y condiciones de vida ya eran vulnerables, razón por la cual la justicia climática responde a “una geopolítica preponderante del abuso sobre la soberanía de los recursos naturales, dentro y fuera de los límites nacionales, que solo ha beneficiado a los países más enriquecidos” (Osofsky, 2005, como se cita en Borrás, 2017, p. 99). En ese orden de ideas, la justicia climática se focaliza en el tratamiento justo no solo entre personas, sino entre Estados, evitando decisiones y acciones que puedan ahondar el problema del cambio climático, reposicionando los sectores afectados por los efectos de un fenómeno del cual suelen ser los responsables menos directos e influyentes, y reubicando la obligación del tratamiento justo de las afectaciones sobre las condiciones de realidad y responsabilidad de aquellos que son titulares de las fuentes de emisiones de GEI que alteran las condiciones del clima, generan el calentamiento global, y desencadenan el incremento y la intensidad de los eventos naturales riesgosos a raíz de la explotación y el aprovechamiento desmedido —en ocasiones *desterritorializado* que sobrepone intereses particulares al interés público—.

Los referentes institucionales, jurídicos y políticos del SICA como marco para la realización de la justicia climática

El Protocolo de Tegucigalpa (1991) es la base sobre la cual los países de Centroamérica progresan en la integración, en la medida que incorpora claros componentes ambientales sobre los cuales se respalda el modelo de seguridad regional que pretende el SICA: la protección del medio ambiente (Protocolo de Tegucigalpa, 1991, Artículo 3. b) y “la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza, asegurando el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del área, con miras al establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la región” (Protocolo de Tegucigalpa, 1991, Artículo 3, i).

Con base en el Protocolo de Tegucigalpa (1991), transitar por la experiencia del SICA frente al cambio climático es un recorrido que inicia con el reconocimiento de su institucionalidad y de su marco jurídico, político y ambiental, el cual, como se adelantó en la introducción, puede tener como punto de partida a la CCAD, cuya creación y funcionamiento se respalda en el acuerdo de la Cumbre de Presidentes de Costa del Sol, en la reunión de Tela, y en la Cumbre Presidencial de San Isidro Coronado, todas en 1989. En esta última se acordó la conformación de la CCAD, que entró en vigencia en junio de 1990 y, si bien en el

Convenio Constitutivo (1989) no se adoptaron disposiciones dirigidas al cambio climático, sí ofrece un marco suficiente para su posterior desarrollo, constituyéndose en un componente axiológico que opera como marco justificante del desarrollo jurídico y político para el escenario ambiental del SICA, al establecer un régimen regional de cooperación para la óptima y racional utilización de los recursos naturales del área, para controlar la contaminación y alcanzar el restablecimiento del equilibrio ecológico (1989, Artículo 1).

Además, la CCAD adopta una estructura institucional para hacer frente a esos desafíos, integrada por el Consejo de Ministros de Medio Ambiente como instancia con mayor autoridad y capacidad de decisión política, los Comités Técnicos como órganos especializados para asesorar temas específicos, y la Secretaría Ejecutiva, a cargo del seguimiento de los Acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros y la gerencia de la CCAD, lo que devela la consolidación orgánica de un entramado administrativo que define los lineamientos jurídico-políticos para los Estados miembros.

Adicional a la definición del componente orgánico del SICA, el Convenio Constitutivo (1989) también fundamenta el desarrollo del aspecto funcional de esa institucionalidad, toda vez que la CCAD recibió entre sus funciones la de formular estrategias para promover el desarrollo ambiental sustentable acompañado de un plan de acción que permita su realización, lo cual materializó a través de los PARCA, que se perfilaron como instrumentos de política regional, dinamizaron y materializaron figuras que tributaron a la conciencia reflexiva de pertenencia como expresión de solidaridad regional en materia ambiental. El primero de ellos data de 1999 y tuvo vigencia en el periodo 2000-2004, concentrándose principalmente en la realización de los contenidos de la Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centroamérica (ALIDES, 1994). El segundo PARCA (2005-2009) enfatizó las alianzas regionales intersectoriales y la elaboración de instrumentos para la gestión ambiental, y el tercero (2010-2014) privilegió la gobernanza ambiental, lo que deja a la región con una referencia jurídico-política a partir de la cual se han definido las acciones frente al cambio climático, como las establecidas en las ERCC.

Los Planes Ambientales de la Región Centroamericana (PARCA)

El primero de los PARCA se concentró en la realización de los contenidos de la ALIDES, una iniciativa integrada por políticas, programas y acciones a corto, mediano y largo plazo encaminadas al desarrollo sostenible. La ALIDES se orientaba por los principios de respeto a la vida en todas sus manifestaciones, el mejoramiento de la calidad de la vida humana, el respeto y aprovechamiento de la vitalidad y diversidad de la tierra de manera sostenible, la

promoción de la paz y la democracia como formas básicas de convivencia, el respeto a la pluriculturalidad y la diversidad étnica, la responsabilidad intergeneracional, y el mayor grado de integración económica (ALIDES, 1994, pp. 2-5). La ALIDES dio lugar a dos instrumentos: el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible y el Consejo Centroamericano para el Desarrollo Sostenible (ALIDES, 1994, p. 10).

Con base en la ALIDES, el primer PARCA adoptó, como fundamentos políticos de respaldo a la función de la CCAD, el fomento de la sustentabilidad del desarrollo, la participación y la equidad social, la participación de la mujer, el cambio de actitudes y la educación ambiental, la reducción de la vulnerabilidad social y ecológica, la gestión ambiental descentralizada, y la valoración económica total e internalización de los costos y beneficios externos. Los objetivos que se trazaron para el ámbito regional se fijaron en los bosques y la biodiversidad, el agua y la producción limpia —esta incluyó mejorar la gestión del ambiente en materia de emisiones, vertidos y desechos— y el desarrollo institucional para la gestión ambiental. Además, la CCAD incorporó en el PARCA el cambio climático y el mecanismo de desarrollo limpio como una de las áreas estratégicas de su acción en el escenario internacional, por tanto se propuso impulsar la ratificación del Protocolo de Kioto, implementar el mecanismo de desarrollo limpio para aprovechar las oportunidades de comercio internacional de servicios de mitigación/fijación de GEI, y alcanzar reconocimiento sobre el valor generado por la existencia de bosques en términos de su función de sumidero de los GEI.

La CCAD identificó el cambio climático como un desafío contemporáneo en el segundo PARCA, lo que impulsó su desarrollo conceptual, siguiendo lo acogido por la CMNUCC (1992): “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima, observada durante periodos de tiempo comparables” (PARCA II, 2005, p. 30). En el componente sobre prevención y control de la contaminación ambiental implicó para el SICA la promoción de la producción más limpia, fijando como meta la mitigación del cambio climático causado por la actividad productiva; incorporó la conservación y uso sostenible de ecosistemas de importancia regional como parte del componente de conservación y uso sostenible del patrimonio natural, con el cual se encaminó a realizar la gestión mejorada de los ecosistemas priorizados para mitigar los cambios climáticos y aminorar el riesgo y la vulnerabilidad (PARCA II, 2005, p. 23).

En el tercer PARCA el cambio climático se posiciona como un componente transversal para la actuación del SICA. A partir de ello, la CCAD promovió la gobernanza ambiental a través de dos ámbitos: una “acción política para lograr la transversalización de la gestión ambiental y coordinación interinstitucional, que tiene como propósito incidir en las instituciones públicas para que asuman su rol en integración ambiental, dotándoles de soporte técnico” (PARCA III, 2009, p. 5), y proporcionar a las autoridades nacionales el apoyo en el manejo del cambio climático.

Los Lineamientos de la Estrategia Regional de Cambio Climático (2008) sirvieron de referencia al tercer PARCA, los cuales fueron creación del Consejo de Ministros de la CCAD (2007), y constituyen una representación de la conciencia reflexiva de pertenencia al ser producto de un trabajo solidario. Costa Rica fue el titular del componente de adaptación, Belice se ocupó de los ecosistemas costeros-marinos, Nicaragua se encargó de la vulnerabilidad, Panamá trabajó la mitigación, Honduras el desarrollo de capacidades y Guatemala los ecosistemas forestales. Los lineamientos adoptaron como principios la responsabilidad compartida pero diferenciada, tanto en el ámbito nacional como internacional, la satisfacción de los derechos naturales de los habitantes de la región, la incidencia regional y nacional, la contribución al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, la transversalidad e intersectorialidad, la coherencia de políticas y gobernabilidad, la solidaridad, equidad y justicia social, y la justicia ambiental y compensación por deuda ecológica, en la cual se identifica el nicho principal de la justicia climática. Además, es preciso mencionar que acogieron la vulnerabilidad y la adaptación, la mitigación, el desarrollo institucional y de capacidades, la educación y sensibilización pública, y la gestión internacional como sus áreas estratégicas para derivar de ellas acciones concretas.

Con base en los contenidos de la Declaración de San Pedro Sula (2008), y en los Lineamientos de la ERCC (2008), el tercer PARCA vio como una prioridad política definir una Estrategia de Cambio Climático, por lo que se propuso su elaboración y aplicación, y adicionalmente, una Estrategia Regional Agroambiental y de Salud (ERAS). Con base en las múltiples áreas estratégicas que conforman el tercer PARCA, se asumió la revisión y actualización de los convenios regionales asociados a diversas materias ambientales, incluyendo el cambio climático, acción vinculada con el área estratégica de la gobernanza ambiental. En relación con el área estratégica de fortalecimiento a la institucionalidad nacional y a la gestión de la calidad ambiental, se propuso “la actualización y armonización de la legislación ambiental de la región, a la luz de los cambios económicos, sociales y políticos provocados por la crisis financiera global y el cambio climático” (PARCA III, 2009, p. 22), y se contempló un área estratégica sobre la adaptación y mitigación del cambio climático y la gestión integral del riesgo que plantea la reducción de la vulnerabilidad y la adaptación al cambio climático, la reducción de las emisiones de GEI aprovechando las oportunidades instaladas en el mercado del carbono, la promoción del desarrollo de capacidades y gestión del conocimiento, y la gestión integral del riesgo de desastres.

Las estrategias del SICA frente al cambio climático

Como respuesta a los compromisos adquiridos en el último PARCA, la CCAD formuló la ERAM, sustentada a partir de las tres Convenciones Marco de la Organización de las Naciones Unidas: CMNUCC, la Convención sobre Diversidad Biológica, y la Convención contra la Desertificación y la Sequía. Además, se basó en los principios de la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo, lo que hizo que la ERAM se encaminara a la integración ambiental de la región para el desarrollo económico y social de sus pueblos, articulando esfuerzos y potencializando los recursos disponibles. Para ello se fijó como líneas y acciones estratégicas los bosques, los mares y la biodiversidad, la gestión integral del recurso hídrico, la calidad ambiental, el comercio y ambiente, los mecanismos de financiación, el cambio climático y la gestión del riesgo.

Por su parte, en la ERCC (2010), el aumento de la resiliencia y de la capacidad de adaptación fueron los dos principales cometidos con los que el SICA persiguió prevenir y reducir los impactos negativos del cambio climático, tributando a la disminución de la vulnerabilidad y a la voluntaria disminución de la emisión de GEI. Varios de los principios que sustentan instrumentos precedentes se encuentran en la ERCC, de relevancia para la justicia climática, el de responsabilidad compartida, pero diferenciada, y el principio de justicia ambiental y compensación por la deuda ecológica. Adicionalmente, incluyó la coherencia de políticas de gobernabilidad y solidaridad, equidad, igualdad de género y justicia social, contribuir a la realización de los objetivos del milenio, la transversalidad, la intersectorialidad y la interculturalidad.

La ERCC (2010) reunió un total de seis áreas programáticas estratégicas (APE) destinadas a la ejecución de acciones corresponsables, en la medida que estaban pensadas para la sociedad civil, las autoridades gubernamentales y el sector privado. Cada una estaba orientada por un objetivo estratégico y uno operacional, y se desagregaron en componentes del área estratégica que se integran por líneas de acción y medidas. En la línea acumulativa de la experiencia de la región, la primer APE estaba enfocada en la vulnerabilidad, la adaptación al cambio climático, y la gestión del riesgo de desastres; su objetivo estratégico se encaminó a “reducir la vulnerabilidad y promover la adaptación de la población y sectores socioeconómicos al cambio y variabilidad climática” (ERCC, 2010, p. 48), propósito proyectado para áreas específicas: eventos climáticos extremos y gestión del riesgo, agricultura y seguridad alimentaria, ecosistemas forestales y biodiversidad, recursos hídricos, salud pública y cambio climático, recursos costeros y marinos, turismo y cambio climático, pueblos indígenas, etnias y comunidades afrodescendientes, e infraestructura pública (ERCC, 2010).

El APE sobre mitigación se propuso “fortalecer el marco normativo legal e institucional, y crear un entorno que viabilice las acciones nacionales adecuadas de mitigación de los países del SICA a la reducción de emisiones de GEI” (ERCC, 2010, p. 64). Como líneas de acción se desprenden promover mayor participación en fuentes renovables de energía eléctrica; la captura del carbono con el aumento de la cobertura vegetal y la disminución de la deforestación; reducir las emisiones por el uso de bioenergía, de los GEI en la ganadería y la agricultura, fomentar la producción y el consumo limpios, implementar proyectos de mitigación de cambio climático con desechos sólidos, y medidas de reducción de emisiones en el sector del transporte.

Otra de las APE incluyó las capacidades institucionales, cifradas en un objetivo dirigido a mejorar y aumentar la capacidad para enfrentar los retos del cambio y variabilidad del clima. El APE sobre educación, la concienciación, la comunicación y la participación comunitaria se dirigió a “involucrar a la sociedad civil por medio de la educación y socialización del cambio climático para que participen en la toma de decisiones” (ERCC, 2010, p. 70) y adoptó como líneas de acción el fortalecimiento de la enseñanza formal sobre el cambio climático, la divulgación de información sobre su mitigación y adaptación, y el intercambio de información y experiencias.

La conformación del sistema de generación y transferencia de tecnologías de mitigación y adaptación al cambio climático orientó las líneas de acción del APE de transferencia de tecnologías; y el mejoramiento de la efectividad de la participación de los países del SICA en las negociaciones internacionales hizo lo propio en el APE enfocada a las negociaciones y la gestión internacional.

La intensificación del cambio climático aumentó el compromiso de la comunidad internacional, razón para que el SICA respondiera con una actualización de la ERCC ante la adopción de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y del Acuerdo de París en 2015. Por ello se promovió el Plan de Acción de la ERCC 2018-2022. Con base en un profundo y detallado estudio de las condiciones ambientales de la región, pero sobretudo de aquellas relacionadas con el cambio climático, el Plan de Acción confirma el contenido del objetivo general de la ERCC sin privilegiar solo las acciones encaminadas a su mitigación y adaptación.

Desarrollos jurídicos y políticos sobre el cambio climático a cargo de los Estados del SICA

Para correlacionar la experiencia de los avances institucionales, jurídicos y políticos del SICA con las elaboraciones y desarrollos internos adelantados por los Estados miembros, se sigue el orden cronológico de la evolución de los instrumentos proferidos por el SICA, siendo el primer periodo el comprendido entre los años 1994 a 1999. Bajo la vigencia de la ALIDES se identificó la generación de marcos jurídicos estatales focalizados en la regulación del ambiente como objeto de protección, sin que entre sus normas se haga especial referencia al cambio climático.

El país pionero en el desarrollo de una legislación fundamentadora del sector ambiente fue Guatemala, que en 1986 promulgó la Ley de Protección y Mejora del Medio Ambiente (Decreto 68), seguido Belice, que adoptó el *Environmental Protección Act 22* en 1992, por medio del cual creó el Departamento del Ambiente e incorporó el principio de desarrollo sostenible; luego Honduras, que promulgó el Decreto Legislativo 104 de 1993, que incorporó conceptos relacionados con el desarrollo sostenible y la participación, y creó la Secretaría de Recursos Naturales y del Ambiente la cual se reglamenta por el Decreto 218 de 1996.

Costa Rica transformó el Ministerio de Industria, Energía y Minas en el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET) a través de la Ley 7152 de 1990, por medio de la cual le asignó competencias enfocadas al ambiente bajo una comprensión de recurso, y profirió en 1995 la Ley Orgánica del Ambiente (Ley 7554) que desarrolla figuras para la consecución de un ambiente sano, entre las cuales sobresalen varios principios legales, como el reconocimiento del ambiente como un patrimonio común de la Nación, el derecho a gozar de un ambiente sano, integra obligaciones calificadas para el Estado, entre las que sobresale promover el desarrollo sostenible con enfoque intergeneracional, y el principio según el cual el que contamina, paga (Artículo 2).

En 1996, Nicaragua expidió la Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, reglamentada por el Decreto N. 9 en el mismo año, pero desde 1994 contaba con el Ministerio de Ambiente y de Recursos Naturales, el cual fue creado mediante el Decreto Ejecutivo N. 1-94. En el caso de El Salvador y Panamá, presentaron avances jurídicos en 1998; en el primero de estos países se adoptó la Ley del Medio Ambiente (Decreto 233), pero para 1997 ya había creado el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales por medio del Decreto Ejecutivo 27, mientras que Panamá acogió la Ley General del Ambiente, N. 41, por medio de la cual creó el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables.

Al interior del primer periodo evolutivo del SICA, la mayoría de los países miembros evidencian destacados adelantos en el sector ambiente, identificados por la adopción de cuerpos normativos que fundamentan y estructuran la organización institucional nacional para gestionar el ambiente y los recursos naturales. Si bien hay algunos que emprenden dichos avances bajo el modelo de la sostenibilidad, la regla general evidencia una comprensión del ambiente asumido como recurso natural, lo que puede explicar la ausencia del tratamiento del cambio climático.

En el periodo comprendido entre 2000 a 2005, bajo la vigencia del PARCA I, son pocos los desarrollos jurídicos e institucionales identificados. En el caso de Panamá se expidió la Resolución AG 0583 de 2002, con la cual se constituyó el Programa Nacional de Cambio Climático, por medio del cual se generaron las líneas de acción para cumplir los compromisos de la CMNUCC. En el caso de la República Dominicana se identifica el comienzo de la elaboración de los referentes encaminados a la protección del ambiente, trabajo que, a diferencia de los demás Estados del SICA, no tuvo desarrollo en el periodo 1994-1999. En el 2000, ese país expidió la Ley 64, con la cual se establecieron disposiciones para la conservación, restauración y mejoramiento de los recursos naturales, creó la Secretaría del Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, pero no incorporó de manera explícita disposiciones sobre cambio climático.

Hasta el 2005 los Estados del SICA coinciden en haber emprendido los desarrollos jurídicos de base para la protección del ambiente; son en su mayoría disposiciones legales y reglamentarias de carácter general, en ocasiones principales, como las del caso de Costa Rica, que sirven de sustento para la creación del componente orgánico para la gestión del ambiente. Entre esas disposiciones no se destacan desarrollos explícitos ni suficientes relacionados con el cambio climático, pero sí un marco de seguridad jurídica sustentado en el paradigma de la sostenibilidad que serviría de nicho para el desarrollo jurídico y político sobre el cambio climático en la región.

El tercer periodo entre los años 2006-2010, bajo la vigencia del PARCA II, es un momento determinante para el desarrollo de las disposiciones que se ocupan del cambio climático y del cumplimiento de los compromisos de los países de la región. Panamá expidió la Política Nacional de Cambio Climático (2007) que encamina las actividades del sector público, privado y de la sociedad civil a la incorporación de la gestión del cambio climático, de manera que contribuyan a la estabilización de los GEI, promuevan medidas de adaptación y promuevan el desarrollo sostenible. La citada política está compuesta por principios, objetivos, subprogramas y líneas de acción. Entre los principios se destacan la protección del sistema climático para las futuras generaciones, la integración de la política de Cambio Climático a la estrategia nacional de desarrollo y crecimiento económico; la integración y coordinación sectorial, local, regional y nacional. La política tiene como objetivo general gestionar de manera adecuada el cambio climático y sus efectos, y como objetivos específicos, desarrollar mecanismos de coordinación entre el sector público y la sociedad civil

para realizar las obligaciones contraídas, promover acciones para la adaptación al cambio climático, generar espacios de participación ciudadana con enfoque de género y promover la participación de las comunidades en el fortalecimiento educativo y profesional.

En Costa Rica, el Plan de Desarrollo 2006-2010, en el capítulo 4 contempló el eje de Política Ambiental y Telecomunicaciones, que se encaminó a generar una visión integral del ambiente, e integró varios planes de acción, entre los que se destaca el Plan Nacional de Cambio Climático para consolidar la construcción de infraestructura física y tecnológica de prevención de desastres por fenómenos hidrometeorológicos extremos, así como consolidar una visión de país y un mecanismo de coordinación interinstitucional para atender los retos y oportunidades del cambio climático en los diversos sectores. También se encontró la Estrategia Nacional de Cambio Climático (2009), que se fijó:

Reducir los impactos sociales, ambientales y económicos del cambio climático, y tomar ventaja de las oportunidades, promoviendo un desarrollo sostenible mediante el crecimiento económico, el progreso social y la protección ambiental por medio de iniciativas de mitigación y acciones de adaptación, para que Costa Rica mejore la calidad de vida de sus habitantes y de sus ecosistemas, al dirigirse hacia una economía carbono neutral competitiva para el 2021. (p. 46)

La estrategia se fundamentaba, entre otros, en criterios de responsabilidad compartida, oportunidad y amenaza, con los cuales definió una serie de acciones a partir de unos componentes, de los cuales los dos más importantes son el de mitigación y el de adaptación.

La mitigación trabajó en tres frentes estratégicos, el primero de ellos enfocado en la reducción de emisión de GEI en sectores priorizados, el segundo focalizado en la captura y almacenamiento de dióxido de carbono, y el tercero dedicado al desarrollo de mercado de carbono nacional efectivo. La adaptación tuvo como propósito reducir la vulnerabilidad de sectores priorizados.

Como muestra del desarrollo legislativo, Honduras expidió el Decreto PCM-022 (2010) por medio del cual elevó la unidad de Cambio Climático (UCC) adscrita a la Dirección de Biodiversidad de la Secretaría de Estado, a la categoría de la Dirección Nacional de Cambio Climático, con objetivos como coordinar acciones para la mitigación de GEI y acciones de adaptación; generar programas y acciones tendientes al cumplimiento de CMNUCC y el Protocolo de Kioto. Entre los desarrollos políticos sobresale la Visión de País 2010-2022 y el Plan de Nación 2010-2022 (República de Honduras, 2010) que contiene los lineamientos estratégicos que incluyen la Adaptación y Mitigación al Cambio Climático.

En 2009, Nicaragua aprueba la Resolución N. 003, por medio de la cual respalda la Declaración de San Pedro de Sula, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno del SICA, del 28 de mayo del 2008, sobre Cambio Climático y Medio Ambiente, así como la Declaración de los Presidentes de las Comisiones de Ambiente y Recursos Naturales de las Asambleas Legislativas de Centroamérica (CICAD), del 28 de marzo del 2008 en ciudad

Antigua. Ese país también acogió la *Estrategia Nacional Ambiental y de Cambio Climático* (ENACC, 2010), que se sustenta en el Artículo 60 de la Constitución para restituir el derecho de la población a un medio ambiente sano. La ENAC está compuesta por cinco lineamientos: educación ambiental para la vida; defensa y protección ambiental de los recursos naturales; conservación, recuperación, captación y cosecha de agua; mitigación, adaptación y gestión de riesgo ante el cambio climático; y manejo sostenible de la tierra.

El desarrollo legislativo en Guatemala se vio definido por el Acuerdo Gubernativo No. 329 de 2009, que aprobó la Política Nacional de Cambio Climático, formulada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARN), con la cual se adoptaron medidas de prevención de riesgo, reducción de vulnerabilidad y mejora en la adaptación al cambio climático. En El Salvador, con el Decreto 31 de 2008, se creó el Grupo Consultivo de Cambio Climático, que tiene como propósito proveer un espacio de diálogo, asesoramiento en el área y promover el desarrollo sostenible. Finalmente, la República Dominicana adoptó el *Plan de Acción Nacional de Adaptación al cambio climático* (2008) que tiene como propósito fortalecer la capacidad para hacer frente a sus efectos. Ese plan se sustenta en la promoción de la justicia ambiental y la compensación por deuda económica, en la integración de los principios de equidad, justicia social, solidaridad y participación.

Bajo la vigencia del PARCA III, periodo 2010-2014, continúan los desarrollos y actualizaciones jurídicas y políticas sobre el cambio climático, tal como se ejemplifica en Panamá con la promulgación de la Ley 37 de 2013, que establece incentivos para el fomento de la construcción, operación y mantenimiento de centrales o instalaciones solares. Costa Rica acogió el Decreto 36823 de 2011, con el cual creó y reglamentó el funcionamiento del Comité Técnico Interministerial de Cambio Climático, órgano permanente, asesor y de apoyo al MINAET para el seguimiento de la Estrategia Nacional de Cambio Climático. Con el Plan de Acción para el Cambio Climático y la Gestión Agroambiental (2011-2014), Costa Rica “establece los lineamientos políticos y técnicos que direccionan las acciones a realizar en el campo de la producción agropecuaria en materia de mitigación, adaptación y vulnerabilidad a los efectos del Cambio Climático y a la Gestión Agroambiental” (p. 5), un plan que tiene como primera línea estratégica la variabilidad y cambio climático; la segunda se dedica a la agrobiodiversidad y a la producción limpia, al manejo sostenible de tierras y otros recursos.

Honduras adoptó la *Estrategia Nacional de Cambio Climático Honduras* (2015), con el propósito de lograr bajos niveles de vulnerabilidad climática y mejorar la capacidad de adaptación, principalmente en los sectores más expuestos. Dicha estrategia contiene 15 objetivos para la adaptación en las áreas de recursos hídricos, agricultura, suelos y seguridad alimentaria, bosques y biodiversidad, sistemas costeros y marinos, salud humana, gestión de riesgos, y energía hidroeléctrica; y dos objetivos para la mitigación tendientes a reducir y limitar las emisiones de GEI, y fortalecer la sinergia entre las medidas de mitigación y

adaptación. También se promulgó la Ley de Cambio Climático (Decreto 297-2013) cuyo objetivo es establecer los principios y regulaciones para planificar, prevenir y responder de manera adecuada, coordinada y sostenida a los impactos cambio climático.

En el caso de Nicaragua, la Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, Ley 217 de 2014, incluye entre sus reformas la titulada Gestión de Cambio Climático, con la que radica en cabeza del poder Ejecutivo la responsabilidad de formular e impulsar una política de adaptación al cambio climático. Esa política tiene como propósito plantear políticas y planes que promuevan mecanismos de adaptación a las poblaciones más vulnerables; fortalecer capacidades institucionales para la gestión del cambio climático; promover mayor conocimiento de sus efectos, generar espacios de sensibilización, realizar monitoreo, seguimiento y evaluación de la variabilidad climática y contribuir a la mitigación teniendo como referencia los mecanismos de la CMNUCC. Guatemala acogió el Plan Nacional de Desarrollo K'atun: nuestra Guatemala 2032 (2014), que contiene una línea estratégica denominada recursos naturales hoy y para el futuro, la cual tiene como fin la adaptación y mitigación frente al cambio climático. De otra parte, Guatemala aprobó la Política Nacional de Cambio Climático (2009-2014) cuyo objetivo fue adoptar prácticas para la prevención del riesgo, la reducción de la vulnerabilidad y la mejora de la adaptación al cambio climático, contribuyendo con la reducción de emisiones de GEI, con la mejora de la calidad de vida de sus habitantes y fortaleciendo su capacidad de incidencia en las negociaciones internacionales de cambio climático. La Política se sustenta en diferentes textos normativos nacionales, internacionales y regionales, entre los cuales sobresale el Convenio Centroamericano sobre Cambio Climático del 29 de octubre de 1993. Menciona que, a partir de la declaración de San Pedro de Sula, Honduras, los presidentes se obligaron a incorporar el cambio climático como eje transversal y prioritario en los planes de desarrollos.

Por su parte, El Salvador adoptó la Política Nacional del Medio Ambiente (2012), con la cual “reconoce que la problemática central a la que debe dirigirse es la severa degradación ambiental y la vulnerabilidad creciente del país frente al cambio climático” (p. 2). Un año después incorpora la Estrategia Nacional de Medio Ambiente (2013) integrada por las líneas prioritarias sobre restauración y conservación inclusiva de ecosistemas, saneamiento ambiental integral, gestión integrada del recurso hídrico, incorporación de la dimensión ambiental en el ordenamiento territorial, responsabilidad y cumplimiento ambiental, adaptación al cambio climático y reducción de riesgos. La República Dominicana trabaja a partir del *Plan Estratégico para el Cambio Climático (PECC) 2011-2030* (2011), que contiene tres ejes estratégicos: institucional, adaptación y mitigación, y Belice implementa el *National Climate Resilience Investment Plan (NCRIP)* en 2013.

A partir de la vigencia de la ERAM, en el periodo 2015-2017, se intensifican los esfuerzos jurídicos y políticos de los Estados del SICA. Ejemplo de ello es la experiencia de Panamá, que con la Ley 8 de 2015 creó el Ministerio de Medio Ambiente, y modificó la Ley 41 de 1998, que en el capítulo I dedicado a la adaptación al cambio climático (Artículos 82 al

85) reconoce la amenaza global que representa el cambio climático, delega en el Ministerio de Ambiente, en coordinación con otras autoridades ambientales, la generación de iniciativas de adaptación, y la elaboración, publicación y actualización de una estrategia nacional para esa adaptación. También creó el Fondo de Adaptación al cambio climático, reconoce la responsabilidad común, pero diferenciada, en la estabilización de las concentraciones de GEI, y delegó en el Ministerio de Ambiente, con la colaboración institucional, la elaboración periódica de inventario de fuentes y absorciones por sumidero de GEI no controlados.

En Costa Rica se modifica el componente institucional, toda vez que el Decreto Ejecutivo N. 40615 de 2017 creó el Consejo Científico de Cambio Climático como un órgano independiente, de carácter consultivo, conformado por académicos, investigadores y expertos para asesorar al Gobierno de Costa Rica en materia de investigación científica y desarrollo tecnológico en el área del cambio climático, y el Decreto 40616 del MINAE creó el Consejo Consultivo Ciudadano de Cambio Climático como una plataforma de participación ciudadana que se enmarca en la política nacional de gobierno abierto, con la que se procura reforzar los mecanismos de rendición de cuentas, de disposición y acceso a la información.

Por su parte, Guatemala acogió el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (Consejo Nacional de Cambio Climático y Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia, 2016), elaborado con el Consejo Nacional de Cambio Climático, el cual se rige por los principios *indubio pro natura*, precaución, quien contamina, paga y rehabilita, integralidad, identidad cultural, capacidad de soporte y participación, para enfocarse en la adaptación y en la mitigación.

El Salvador implementó el Plan Nacional de Cambio Climático (2015) con el que incorpora ocho componentes, entre los que están: el programa de incorporación del cambio climático y la reducción de riesgo a desastres en los planes de desarrollo, en las políticas públicas y en la modernización de la institucionalidad; el programa de protección de las finanzas públicas y de reducción de pérdidas y daños asociados a los efectos adversos del cambio climático; el programa de manejo de la biodiversidad y los ecosistemas para la adaptación y mitigación al cambio climático; el programa de transformación y diversificación de las prácticas y actividades agropecuarias, forestales y agroforestales; el programa de adaptación integral de los recursos hídricos al cambio climático; el programa de promoción de energías renovables, eficiencia y seguridad energética; el programa de desarrollo urbano y costero resiliente al clima y bajo en carbono; y el programa de creación de condiciones y capacidades nacionales para afrontar el cambio climático (pp. 21-57).

Es de destacarse que en este periodo todos los Estados del SICA acogieron el Acuerdo de París.⁴

⁴ En el 2017 ratificaron el Acuerdo de París, Honduras y Panamá el 21 de septiembre, Belice el 22 de abril, Costa Rica el 13 de octubre, Nicaragua el 23 de octubre, Guatemala el 25 de enero, El Salvador el 27 de marzo, y República Dominicana el 21 de septiembre.

Conclusiones

La dinámica global conlleva para las sociedades contemporáneas asumir problemáticas que trascienden las fronteras e impulsan el empoderamiento mancomunado que busca el fortalecimiento de los valores más esenciales que definen a una sociedad civilizada. Los valores, fuente de principios, y por ello, de derechos y sus correlativos deberes, son la base de toda interacción y forma de organización social. Con su reconocimiento se hace posible el consenso que permite el trabajo integrado y la comprensión de la responsabilidad común como garantía de subsistencia y bienestar.

El trabajo del SICA sobre el cambio climático es expresión de esa conciencia reflexiva de pertenencia. Su elaboración jurídico-política responde al cumplimiento de compromisos internacionales a través de una actualización oportuna de sus propias disposiciones, en la que fija el sello distintivo regional conforme con sus particularidades y necesidades: el cambio climático articulado a la gestión del riesgo de desastres, a los recursos forestales y la diversidad, pero sobretodo, al aseguramiento de los derechos ambientales de sus habitantes, atendiendo las condiciones de vulnerabilidad y las oportunidades de la sostenibilidad.

En el SICA el cambio climático es un componente jurídico-político respaldado por una institucionalidad que impregna con el valor de la solidaridad aquel enfoque ambiental previamente definido en la región por la paz, la libertad, la democracia y el desarrollo. Los esfuerzos de los países que integran el bloque regional se evidencian a partir de los periodos de evolución del SICA, en el cual, si bien no hay una relación declarada ni explícita entre los instrumentos jurídicos y políticos regionales y los desarrollos internos, sí hay una correspondencia material y temática entre el escenario regional y los ámbitos nacionales. Muestra de ello son los periodos de desarrollo jurídico y político abarcados por la ALIDES y el PARCA I, en los que el sector ambiente tuvo un periodo de cimentación y desarrollo institucional con un declarado enfoque de sostenibilidad. De igual manera, sobresalen las acciones emprendidas en los periodos cuya vigencia estuvieron abarcadas por los PARCA II y III, con los que el cambio climático ingresó a las agendas públicas de los Estados y promovió el desarrollo legislativo, reglamentario y político con ejes comunes concentrados en la vulnerabilidad territorial y poblacional, la emisión de GEI, y la participación ciudadana.

Referencias

- Acuerdo Gubernativo 329 de 2009. *Política Nacional de Cambio Climático*. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, Presidencia de la República de Guatemala. https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=61850#:~:text=ACUERDO%20GUBERNATIVO%20329%2D2009&text=Se%20acuerda%20aprobar%20la%20Pol%C3%ADtica,en%20todo%20el%20territorio%20nacional
- Agudelo Giraldo, O. A., León Molina, J. E., Prieto Salas, M. A., Jiménez-Triana, J. C., & Alarcón-Peña, A. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Universidad Católica de Colombia.
- Aguilar, G. (2001). *El Nacimiento del Derecho Ambiental en Centroamérica*. Unión Mundial para la Naturaleza.
- Aguilar Rojas, G., & Iza, A. (Eds.). (2009). *Derecho ambiental en Centroamérica* (Tomo I). Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales.
- Aguilera, G. (2015). Centroamérica: cómo integrarse en un mundo globalizado. *Pensamiento Propio*, 42. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2015/12/006-aguilera.pdf>
- Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Editora Jurídica Grijley.
- Belice. (1992). Environmental Protection Act No. 22 of 1992. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=32099&p_classification=01.06
- Bellver Capella, B. (1996). El movimiento por la justicia ambiental: entre ecologismo y los derechos humanos. *Anuario de filosofía del derecho*, (XIII), 327-348.
- Borrás, S. (2017). Retos e incertidumbres en la protección jurídica internacional de las migraciones ambientales. *Temas Socio-Jurídicos*, 36(72), 129-156. <https://doi.org/10.29375/01208578.2755>
- Campello Torres, P. H., Lia Leonel, A., Pires de Araújo, G., & Roberto Jacobi, P. (2020). Efecto Nueva Zemble y justicia climática en Brasil: adaptación sin justicia no es adaptación, es espejismo. *Terra. Nueva etapa*, XXXIV(59).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1974). *Informe sobre los daños y repercusiones del huracán Fiji en la economía hondureña*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/15031/S7400458_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1979). *República Dominicana: Repercusiones de los huracanes David y Federico sobre la economía y las condiciones sociales*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/30277/S7900036_es.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1982a). *El Salvador: los desastres naturales de 1982 y sus repercusiones sobre el desarrollo económico y social*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/26491>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1982b). *Repercusiones de los fenómenos meteorológicos de 1982 sobre el desarrollo económico y social de Nicaragua*. <http://cidbimena.desastres.hn/pdf/spa/doc683/doc683-a.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1982c). *Daños ocasionados por el huracán Joan en Nicaragua: sus efectos sobre el desarrollo económico y las condiciones de vida, y requerimientos para la rehabilitación y reconstrucción*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/29387>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1996). *Efectos de los daños ocasionados por el huracán César sobre el desarrollo de Costa Rica en 1996*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/25199>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1998d). *República Dominicana: evaluación de los daños ocasionados por el huracán Georges, 1998: sus implicancias para el desarrollo del país*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/25344>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (1998e). *Centroamérica: evaluación de los daños ocasionados por el huracán Mitch, 1998: sus implicaciones para el desarrollo económico y social y el medio ambiente*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/25373?locale-attribute=en>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2000). *Belize: assessment of the damage caused by hurricane Keith, 2000: implications for economic, social and environmental development*. <https://www.cepal.org/en/publications/27466-belize-assessment-damage-caused-hurricane-keith-2000-implications-economic-social>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2005). *Efectos en Guatemala de las lluvias torrenciales y la tormenta tropical Stan*. <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/25777/7/LCMEXR895.pdf>

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2021). *Evaluación de los efectos e impactos causados por la tormenta tropical Eta y el huracán Iota en Honduras*. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46853-evaluacion-efectos-impactos-causados-la-tormenta-tropical-eta-huracan-iota>
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (1999). *Plan Ambiental de la Región Centroamericana*. Ediciones Sanabria. https://www.sica.int/documentos/plan-ambiental-de-la-region-centroamericana-2000-2005_1_6422.html
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (2005). *Plan Ambiental de la Región Centroamericana*. PARCA. https://www.sica.int/documentos/plan-ambiental-de-la-region-centroamericana-parca-2005-2010_1_6421.html
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (2008). *Lineamientos de la Estrategia Regional de Cambio Climático*. http://cidbimena.desastres.hn/RIDH/pdf/CambioClimatico/6-_Lineamientos_Cambio_Climatico_-_CCAD.pdf
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (2009). *Plan Ambiental de la Región Centroamericana*. https://www.sica.int/documentos/plan-ambiental-de-la-region-centroamericana-parca-2010-2014_1_43702.html
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (2010). *Estrategia Regional de Cambio Climático*. <https://www.sica.int/busqueda/secciones.aspx?IdItem=55544&IdCat=48&IdEnt=879>
- Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo. (2014). *Estrategia Regional Ambiental Marco 2015 – 2020. Promoviendo la Integración Ambiental Regional*. <https://www.cbd.int/doc/meetings/mar/mcbem-2015-01/other/mcbem-2015-01-estrategia-regional-ccad-es.pdf>
- Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural. (2014). *Plan Nacional de Desarrollo Katun: nuestra Guatemala 2032*. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/plan-nacional-de-desarrollo-katun-nuestra-guatemala-2032#:~:text=El%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo,e%20inversiones%20en%20el%20pa%C3%ADs.>
- Consejo Nacional de Cambio Climático & Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia. (2016). *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático*. <https://sgccc.org.gt/wp-content/uploads/2016/10/Plan-de-Accio%CC%81n-Nacional-de-Cambio-Clima%CC%81tico-ver-oct-2016-aprobado-1.pdf>
- Consejo Nacional para el Cambio Climático y el Mecanismo de Desarrollo Limpio. (2011). *Plan Estratégico para el Cambio Climático (PECC) 2011-2030 en la República Dominicana*. https://www.preventionweb.net/files/61012_planestrategicopecc20112030.pdf

Expósito Unday, D., & González Valero, J. A. (2017). Sistematización de experiencias como método de investigación. *Gaceta Médica Espirituana*, 19(2), 10-16. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S160889212017000200003&lng=es&tlng=es

Declaración de Antigua de los Presidentes de las Comisiones de Ambiente y Recursos Naturales de las Asambleas Legislativas de Centroamérica CICAD. (2008). Declaración de Antigua de los presidentes y presidenta de las Comisiones Legislativas de Ambiente y Recursos Naturales de Centroamérica sobre Cambio Climático. [http://www.infoiarna.org.gt/rediarna/2008/Red%20IARNA_17\(06\)/adjuntos/declaracion_antigua.pdf](http://www.infoiarna.org.gt/rediarna/2008/Red%20IARNA_17(06)/adjuntos/declaracion_antigua.pdf)

Decreto Ejecutivo 1-94 de 1994. *Creación del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales*. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/eec1327be00fe1280625711c005f5164?OpenDocument#:~:text=Art%C3%ADculo%201.,recursos%20naturales%20de%20la%20Naci%C3%B3n>.

Decreto Ejecutivo 40615 de 2017. Creación del Consejo Científico de Cambio Climático. Ministerio de Ambiente y Energía. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=84845&nValor3=109604&strTipM=TC&lResultado=9&nValor4=1&strSelect=sel

Decreto Ejecutivo N.º PCM-022 de 2010. *Poder Ejecutivo de Honduras*. <https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Elevar%20la%20Unidad%20de%20Camb%20Clim%C3%A1tico%20UCC%20adscrita%20a%20la%20Direc%20de%20Biodiversidad%20DIBIO%20de%20SERNA%20a%20la%20categ%20de%20la%20Direcc%20Naci%20de%20Camb%20Clim%C3%A1tico.pdf>

Decreto Ejecutivo N.º 35 de 2007. *Por el cual se aprueba la política nacional de cambio climático, sus principios, objetivos y líneas de acción*. Asamblea Nacional de Panamá. <https://dcc.miambiente.gob.pa/wp-content/uploads/2021/03/Decreto-Ejecutivo-35-de-26-de-febrero-de-2007.pdf>

Decreto Legislativo 104 de 1993. *Ley General del Ambiente*. Congreso de la República de Honduras. <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/18-ley-general-del-ambiente#:~:text=%E2%80%9CDECRETO%20N%C3%9AMERO%20104%2D93%E2%80%9D,recursos%20naturales%20de%20la%20naci%C3%B3n>

Decreto 68 de 1986. *Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente*. Congreso de la República de Guatemala. https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/gt_-_ley_68-86_de_proteccion_y_mejoramiento_del_medio_ambiente_1986.pdf

Decreto 36823 de 2011. Reglamento de creación y funcionamiento del Comité Técnico Interministerial de cambio climático. Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=71881&nValor3=87434&strTipM=TC

Decreto 40616 de 2017. Creación el Consejo Consultivo Ciudadano de Cambio Climático. Ministerio de Ambiente y Energía. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=84846&nValor3=109605&strTipM=TC

Decreto 233 de 1998. *Ley del Medio Ambiente de El Salvador*. Asamblea legislativa de la República. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/instrument/files/Ley%20del%20Medio%20Ambiente%20actualizacio%CC%81n%202012.pdf>

Decreto 297 de 2013. Ley de Cambio Climático. Congreso Nacional de Honduras. https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/hn_-_ley_del_cambio_climatico_y_otros_decretos.pdf

Gobierno de la República de Costa Rica. (2018). *Política Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2018-2030*. <https://cambioclimatico.go.cr/wp-content/uploads/2019/01/Politica-Nacional-de-Adaptacion-al-Cambio-Climatico-Costa-Rica-2018-2030.pdf?x71265>

Gobierno de Costa Rica. (2019). *Plan Nacional de Descarbonización. Gobierno de Costa Rica 2018-2050*. <https://cambioclimatico.go.cr/plan-nacional-de-descarbonizacion/>

Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional de Nicaragua. (2010). Estrategia Nacional Ambiental y del Cambio Climático, Plan de Acción 2010-2015. http://euroclimaplus.org/intranet/_documentos/repositorio/Plan%20de%20Acci%C3%B3n%20Cambio%20Clim%C3%A1tico%202010-2015_Nicaragua.pdf

Government of Belize. (2013). *National Climate Resilience Investment Plan (NCRIP)*. https://med.gov.bz/wp-content/uploads/2020/09/BelizeNCRIP_final2013.pdf

Instituto Meteorológico Nacional de Costa Rica. (s.f.). *Huracán Otto, informe técnico*. <https://www.imn.ac.cr/documents/10179/20909/Informe+IMN+Hurac%C3%A1n+Otto>

Lazo Vega, M. A. (2020). Centroamérica y el cambio climático: de la planificación a la acción. *Realidad y Reflexión*, 20(51), 75-101. <https://doi.org/10.5377/ryr.v51i0.9845>

- Ley 217 de 2014. *Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales*. Asamblea Nacional de Nicaragua. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Gacetas.nsf/15a7e7ceb5efa9c6062576eb0060b321/fc2f67348416ae2306257c74005c504e/\\$-FILE/2014-01-17-%20Texto%20de%20Ley%20No%20217,%20Ley%20general%20del%20medio%20ambiente%20con%20reformas%20incorporadas.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Gacetas.nsf/15a7e7ceb5efa9c6062576eb0060b321/fc2f67348416ae2306257c74005c504e/$-FILE/2014-01-17-%20Texto%20de%20Ley%20No%20217,%20Ley%20general%20del%20medio%20ambiente%20con%20reformas%20incorporadas.pdf)
- Ley Orgánica del Ambiente 7554 de 1995. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27738&nValor3=93505&strTipM=TC
- Ley General del Ambiente N. 41 de 1998. *Ley general de ambiente de la República de Panamá que comprende las reformas aprobadas por la ley 18 de 2003, la ley 44 de 2006, la ley 65 de 2010 y la ley 8 de 2015*. Asamblea Nacional de Panamá. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28131_A/GacetaNo_28131a_20161004.pdf
- Ley 37 de 2013. *Que establece incentivos para el fomento de la construcción, operación y mantenimiento de centrales y/o instalaciones solares*. Asamblea Nacional de Panamá. https://www.asep.gob.pa/wp-content/uploads/transparencia/articulo_9/9_2-politicas_institucionales/marco_legal/electricidad/leyes_sectoriales/ley_37_2013.pdf
- Ley 8 de 2015. *Que crea el Ministerio de Medio Ambiente, modifica disposiciones de la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá*. Asamblea Nacional de Panamá. <https://www.miambiente.gob.pa/download/ley-8-2015-crea-ministerio-de-ambiente/>
- Ley 64-00 de 2000. *Ley General sobre el Medio Ambiente y Recursos naturales*. Congreso Nacional de República Dominicana. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/instrument/files/2000.%20Ley%2064%20General%20sobre%20medio%20ambiente%20y%20recursos%20naturales.pdf>
- Luna, Y., Narváez, Z., & Ordóñez, J. (2010). *Justicia climática y comercio justo: desde la perspectiva de los jóvenes*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. <https://core.ac.uk/download/pdf/35254818.pdf>
- Ministerio de Planeación Nacional y Política Económica de Costa Rica. (2007). *Gobierno de Costa Rica. Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*. https://documentos.mideplan.go.cr/share/s/Kkgfb0dnRlqXL8_jzswApg
- Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones de Costa Rica. (2009). *Estrategia Nacional de Cambio Climático*. <https://cambioclimatico.go.cr/wp-content/uploads/2018/08/ENCC.pdf>

- Ministerio de Agricultura y Ganadería de Costa Rica. (2011). Plan de Acción para el Cambio Climático y la Gestión Agroambiental (2011-2014). <https://xdoc.mx/documents/plan-de-accion-para-el-cambio-climatico-y-la-gestion-agroambiental-5e615f4bae855>
- Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2012). *Política Nacional del Medio Ambiente*. <http://rcc.marn.gob.sv/handle/123456789/90#:~:text=Frente%20a%20esa%20problem%C3%A1tica%20que,ambiental%20frente%20al%20cambio%20clim%C3%A1tico>.
- Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2013). *Estrategia Nacional de Medio Ambiente*. <http://rcc.marn.gob.sv/bitstream/handle/123456789/10/Estrategia-Nacional-de-Cambio-Clim%C3%A1tico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2015). *Plan Nacional de Cambio Climático de El Salvador*. https://www.cac.int/sites/default/files/Plan_Nacional_de_Cambio_Clim%C3%A1tico._MARN._2015.pdf
- Naciones Unidas. (1992). Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático. FCCC/INFORMAL/84* GE.05-62301 (S), 220705. <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Organización de Estados Centroamericanos. (1951). *Carta de San Salvador*. San Salvador. https://www.sica.int/documentos/carta-de-la-organizacion-de-estados-centroamericanos-odeca_1_991.html
- Parthenay, K. (2021). Aliarse (regionalmente) contra la Covid-19: Sica y Caricom. *Foro Internacional*, LXI(2), 387-425. <https://doi.org/10.24201/fi.v61i2.2834>
- Parthenay, K., & Sánchez Salgado, R. (2011). Actores no estatales y procesos de integración regional: La Unión Europea y el Sistema de Integración Centroamericano. *Revista de Ciencias Sociales*, III-IV(133-134), 153-165. <https://doi.org/10.15517/rsc.v0i133-134.3866>
- Presidentes del Sistema de Integración de Centroamérica. (1994). Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centroamérica. https://www.sica.int/documentos/alianza-para-el-desarrollo-sostenible-de-centroamerica-alides_1_82723.html
- Rasmussen, M. B., & Pinho, P. F. (2016). Environmental justice and climate change in Latin America: introduction. *LASA Forum*, 47(4), 8-11. <https://forum.lasaweb.org/files/vol47-issue4/Debates1.pdf>

- República de Honduras. (2010). *Visión de País 2010 – 2038 y Plan de Nación 2010- 2022*. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/HondurasPlan-deNacion20102022.pdf>
- Resolución N. 003 de 2009. Sobre el cambio climático y su adaptabilidad en Nicaragua. Asamblea Nacional. Diario Oficial N°. 126 del 07 de julio. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/bbe90a5bb646d50906257265005d21f8/e3dd5f8c658c-2f980625765500511205?OpenDocument>
- Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2008). *Plan de Acción Nacional de Adaptación al cambio climático*. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo-cbib/con4_uibd.nsf/A2CE76C036154F1405257C9C0062186C/%24FILE/plan.pdf
- Rodríguez Chaves, A. (2018). La integración de Centroamérica: entre vaivén y fallidas voluntades. *Tiempo Presente. Revista de historia*, (5), 71-87.
- Sierra, R. (2013). Solidaridad e integración regional. La forma ciudadana de la solidaridad en la comunidad política supranacional. *Revista Estudios Sociales*, (46), 98-108.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para la investigación del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 317-358.
- Solano Muñoz, E. (2017). La integración centroamericana en sus constituciones políticas. De la ODECA a Esquipulas II. *Revista de Ciencias Sociales*, I(155), 145-155.
- Solano Muñoz, E. (2020). La Organización de Estados Centroamericanos. Un capítulo en la historia de la integración centroamericana 1950-1991. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, (46), 1-23. <https://doi.org/10.15517/AECA.V46I0.43824>
- XI Cumbre de Presidentes Centroamericanos. (1991). *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)*. Sistema de Integración Centroamericano. https://www.sica.int/documentos/protocolo-de-tegucigalpa-a-la-carta-de-la-organizacion-de-estados-centroamericanos-odeca_1_116823.html

PENALIZACIÓN DE LA MINERÍA LEGAL EN COLOMBIA¹

Steven Moncada Correa*, Héctor Betancur Giraldo**

Las injusticias sociales se traducen en desastres ambientales que a su vez reproducen condiciones de miseria (Sentencia C-431, 2000, p. 22).

Introducción

Existen diversos procesos para aprovechar los minerales que yacen en el subsuelo; a partir de esto, se pueden señalar algunos de los que se implementan en el territorio nacional y que se delimitan en minería aluvial, minería de superficie o a cielo abierto, y minería subterránea, entre otros procesos descritos en el glosario técnico minero del Ministerio de Minas y Energía. Todos estos procesos extractivistas hacen intervención de manera directa en los ecosistemas y recursos naturales, tanto renovables como no renovables, generando en ocasiones afectaciones en los derechos fundamentales de las comunidades aledañas a los proyectos extractivistas. En otros casos, se sobreexplotan los recursos hasta un punto en el que ya no hay una recuperación natural de los mismos.

Situaciones que dificultan la sostenibilidad de los procesos *extractivistas* porque generan afectaciones que incrementan su impacto negativo por los largos periodos en su ejecución; estos a su vez afectan los derechos fundamentales de las comunidades aledañas a este tipo de proyectos, en la medida que no se realizan las inversiones necesarias por parte del Estado y los particulares en la implementación de tecnologías que permitan desarrollar modelos

¹ Capítulo de libro resultado de la investigación "Conflictos socio-ambientales por la implementación de economías de enclave" de la Fundación Comunidad Social y Ambiental de Colombia (FUCOSAC) 2021-2022.

* Investigador principal, abogado, especialista en Medio Ambiente y Desarrollo, colíder de la Fundación Comunidad Social y Ambiental de Colombia. Correo electrónico: smoc.aba2019@gmail.com

** Coinvestigador, candidato a doctor en Filosofía y Letras de la Universidad de Alicante, magíster en Educación (Investigación) de la Universidad de Medellín, especialista en Educación, Cultura y Ciencia Política, licenciado en Filosofía y sociólogo por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Investigador Junior de Minciencias. Líder del grupo de investigación Policía y Sociedad. ESCER. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5252-8654>

mineros circulares. Es allí donde entra el Artículo 333 de la Ley 599 de 2000, que hace referencia a la penalización de la contaminación ambiental causada por procesos de explotación y exploración minera y de hidrocarburos.

Aunque es de resaltar que de su lectura no se puede predicar si la tipificación que conlleva la responsabilidad penal por contaminación ambiental es por el ejercicio de la actividad lícita o ilícita. El argumento desarrollado en el presente trabajo de investigación permite centrarse en la constitucionalidad de aquella disposición legal, además de la responsabilidad penal que recae sobre las personas que en el ejercicio de la actividad minera generen contaminación ambiental que afecte derechos fundamentales.

En vista a lo anterior, cabe preguntarse ¿por qué la minería legal puede llevar a la comisión de una conducta punible? Para resolver este interrogante, se abordarán componentes pertinentes del derecho penal colombiano. Ante esta tesis, la constitucionalidad implícita en el Artículo 333 de la Ley 599 de 2000 permite identificar por qué el permiso de autoridad competente para el ejercicio de la actividad minera no es eximente de responsabilidad penal por la contaminación ambiental y vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de las actividades extractivistas.

En un primer análisis se puede llegar a la conclusión que es por la independencia entre los actos administrativos y la acción penal, teniendo en cuenta la autonomía de las ramas del poder público y la teoría del Estado. Conforme a lo anterior, no se puede afirmar que dicho Artículo resulta inconstitucional, tal como lo asevera Suárez López (2017) en su investigación “Retos de la regulación jurídico-penal de la minería en Colombia”; ello a causa del análisis hermenéutico hecho a la dogmática jurídica, de un tipo penal en blanco,² en el que enmarca el legislador una conducta punible para las personas que generen una vulneración de derechos fundamentales o jurídicamente tutelados, en relación a la contaminación generada por la actividad *extractivista*.

Bajo los criterios de esta investigación y las demandas de la sociedad del conocimiento, el proyecto se delimitó en un estudio cuantitativo, exploratorio y documental, apoyado fundamentalmente en fuentes secundarias de información y análisis de contenido. Además, el trabajo tuvo un carácter hermenéutico, dado a partir del rastreo bibliográfico y el análisis de la normatividad existente, artículos de investigación, doctrina y jurisprudencia. Finalmente, se utilizaron herramientas de información digital, redes electrónicas, tanto privadas como públicas, para el rastreo virtual de la información especializada; a su vez, en las páginas en línea de circulación en español disponibles en Colombia y en algunos países de América Latina.

² En derecho penal se conocen como tipo penal en blanco aquellas normas penales principales que contienen la pena, pero no contienen todos los elementos específicos del supuesto de hecho.

Metodología

La investigación se constituyó en un estudio exploratorio, documental y explicativo, soportado en fuentes secundarias de información y análisis de contenido. De la misma manera, posee un enfoque hermenéutico-documental a partir de un rastreo bibliográfico riguroso, orientado en el análisis de la normatividad existente, mediante el estudio de artículos de investigación, publicaciones indexadas, profundización en la doctrina y la jurisprudencia que trata el tema objeto de estudio y que brinda elementos teóricos, conceptuales y epistemológicos para su desarrollo, fundamentación y el logro de resultados.

Contexto

La importancia de realizar el aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se protejan el medio ambiente y los ecosistemas se ha abierto paso desde finales del siglo XIX. Sus defensores buscan dentro de la implementación de los modelos económicos una explotación de los recursos naturales de manera que pueda garantizarse una sostenibilidad futura. Por ejemplo, en América Latina hay un conjunto de disposiciones que dejó como legado Simón Bolívar con el propósito de buscar un correcto aprovechamiento de los recursos dentro del territorio. Uno de ellos fue expedido en 1825, mediante el Decreto de Chuquisaca, que buscaba promover el acceso al agua potable, así como el impulso del sector agrícola y rural dentro del territorio.

Es así como un conjunto normativo se está generando en atención a las afectaciones que sufre el medio ambiente por el descontrolado desarrollo económico e industrial que se implementa en los modelos extractivistas mundiales y que han tenido injerencia directa en Colombia.

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, el país contempló lo que hoy en día se conoce doctrinariamente como la constitución ecológica, un conglomerado de aproximadamente 34 artículos que son transversales respecto al direccionamiento económico, social, ambiental y político.

Por este motivo, Colombia ha estado desarrollando normativa que garantice la protección del medio ambiente en el aprovechamiento de los recursos naturales. Un ejemplo es el actual Código Penal (CP), Ley 599 de 2000, que ingresó al ordenamiento jurídico como una codificación que denotaba una mejor concepción de la protección ambiental; trajo un conglomerado de 14 artículos contenidos en el título XI, capítulo único de los delitos ambientales, Artículos 328 al 339.

De este conjunto normativo cabe resaltar el Artículo 333 CP, el cual penaliza la contaminación ambiental por exploración y explotación de yacimientos mineros o de hidrocarburos; modificado por el Artículo 36 de la Ley 1453 de 2011, donde se descartó la culpabilidad, y se incrementaron las penas de prisión y multa. Para Cañón de la Rosa y Erasso (2004), “este tipo penal es fundamental para la actividad de las personas que se encuentran vinculadas con el sector minero, quienes tienen la obligación de conocer que con su actividad puede[n] llegar a causar graves perjuicios al ambiente” (p. 87).

Del tipo penal³ contenido en este Artículo, no se puede inferir la legalidad o ilegalidad en la comisión de la conducta, solo se puede predicar la punibilidad⁴ por el solo hecho de contaminar. Para Suárez López (2017), “hay una gran incompatibilidad entre la protección del ambiente y la minería, pues su sola ejecución genera impactos negativos en los recursos naturales, que son tan solo uno de los factores que se ven afectados directamente por ella” (p. 426). Por tal motivo, se pensaría que el seguimiento y el control que realiza el Estado a las personas que se les otorgan los contratos de concesión mineros y las licencias ambientales son suficientes para garantizar una protección al medio ambiente a través del control administrativo.

Es importante resaltar que las entidades encargadas de la vigilancia y control de las licencias ambientales otorgadas a los proyectos *extractivistas* han llegado a la imposición de importantes sanciones a compañías mineras que, en el ejercicio de sus actividades, han afectado de manera negativa al medio ambiente. Estas acciones de respuesta se dan porque las empresas en ejercicio sobrepasan los límites normativos en la utilización de los recursos naturales y sus afectaciones son de gran impacto, pues influyen incluso en la salud, la vida y el bienestar de las comunidades, derechos fundamentales a los cuales el Estado debe garantizar protección.

Sin embargo, no hay reparaciones claras frente a las afectaciones que dejan las actividades *extractivistas* en las comunidades donde tienen presencia, no hay una intervención directa, periódica y clara por parte del Estado que, si bien está establecida normativamente, no es efectiva.

Manifiesta Suárez López (2017) que para la configuración del delito es necesario el desconocimiento de la normatividad administrativa, además no puede avalarse la intervención penal por la inanición de las demás ramas del derecho. En este contexto, se debe tener en cuenta que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad, máxime cuando la intervención penal y la facultad oficiosa de iniciar las investigaciones pertinentes por la Fiscalía General de la Nación como ente acusador, se avala frente a las vulneraciones que

³ Descripción técnico formal de la conducta antijurídica o hecho ilícito formado por la conducta en la integridad de sus elementos objetivos y subjetivos.

⁴ La punibilidad es un elemento secundario del delito, consistente en el merecimiento de una pena con ocasión de la comisión de un delito.

sufren de manera directa los derechos fundamentales de los particulares como la vida, la salud y demás derechos conexos, a causa de la contaminación que afecta el medio ambiente en los procesos *extractivistas*.

La minería legal, una conducta punible a la luz del derecho penal colombiano

Los artículos de la Ley 599 de 2000, que consideran los delitos y las penas, traen consigo verbos que describen acciones, por tanto, a la luz de la norma se tornan ilícitas por transgredir el bien jurídicamente tutelado por el derecho penal. De su lectura se puede resaltar que los Artículos que hacen referencia a los delitos por contaminación y degradación ambiental de los recursos naturales renovables y no renovables son el 328, 329, 331, 332, 332A, 333 y 338.

Los artículos en su mayoría manifiestan a través de sus disposiciones que se constituirán como delitos las acciones que se realicen sin el permiso de autoridad competente, con incumplimiento de la normatividad existente o como para el caso del Artículo 328: “El extranjero que realizare dentro del territorio nacional acto no autorizado de aprovechamiento” (Congreso de la República de Colombia, 2000, p. 108). Luego de esto, cada artículo contiene un grupo de verbos rectores que han de ser las acciones que serán contempladas como delitos dentro de la legislación colombiana. Del conjunto de artículos mencionados, es menester resaltar para la presente investigación el Artículo 333 del CP.

El que provoque, contamine o realice directa o indirectamente en los recursos de agua, suelo, subsuelo o atmósfera, con ocasión a la extracción o excavación, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte de la actividad minera o de hidrocarburos. (Congreso de la República de Colombia, 2000, p. 108)

El verbo rector⁵ del Artículo 333 del CP es “provocar”, mientras que el bien jurídicamente tutelado es el derecho a un medio ambiente sano y demás derechos conexos. Las acciones que se sancionan con este verbo rector son aquellas que causen contaminación a los recursos naturales por medio de actividades como “extracción o excavación, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte de la actividad minera o de hidrocarburos” (Congreso de la República de Colombia, 2000, p. 108). Ante esta disposición, el que provoque contaminación directa o indirectamente en los recursos naturales renovables por la ejecución de las acciones anteriormente descritas, será acreedor a las sanciones que el Artículo establece por el solo hecho de vulnerar derechos fundamentales, sin discriminar si es por minería legal o ilegal, con o sin permiso de autoridad competente.

⁵ Verbo sobre el que recae el núcleo de la descripción del tipo penal.

El Artículo 333 CP cuenta con un tipo penal en blanco,⁶ ya que se hace necesario recurrir a otras disposiciones para dar complemento al mismo. En ese sentido, al referirse a la contaminación, se debe remitir a la definición que concibe el Artículo 8, literal a, parágrafo 2, del Decreto 2811 de 1974 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. (Presidencia de la República de Colombia, 1974, p. 2)

De igual forma podemos remitirnos a las consecuencias que puede llegar a producir la minería por contaminación ambiental dentro de sus actividades *extractivistas*, en el estudio realizado por el Grupo de Diálogo sobre minería en Colombia (GDIAM, 2016).

Contaminación minera

A partir del análisis del GDIAM (2016) sobre las afectaciones que se generan con la implementación de las actividades mineras en los territorios, se puede destacar el deterioro de los ecosistemas por deforestación, afectación de los cauces naturales de los ríos, deterioro de corrientes hídricas superficiales, contaminación de suelos con aguas y elementos químicos peligrosos, generación de residuos sólidos peligrosos, desaparición de especies acuáticas o terrestres, entre otras afectaciones establecidas en dicha investigación.

A su vez manifiesta la posibilidad de la desaparición de especies que pueden ser fundamentales para la sostenibilidad de los ecosistemas y la biodiversidad del país. En su estudio, el GDIAM (2016) afirma que es “imperioso atender el problema de la depredación ambiental y social que la actividad extractiva criminal genera en el país y que ya muestra graves impactos en el territorio” (p. 67). Pero no solo la actividad extractiva criminal, pues también resulta imperiosa la necesidad de atender aquellas compañías que se encuentran dentro de los límites permitidos por las autoridades ambientales y generan vulneración de derechos fundamentales por contaminación, en la medida en que no implementan las tecnologías necesarias para la disminución de los impactos que generan.

Se puede tomar como ejemplo el tratamiento de las aguas residuales de los procesos de lavado utilizados en la minería de oro, las cuales quedan contaminadas con cianuro y, pese a existir métodos para permitir el tratamiento y potabilización, se crean en algunos casos piscinas con cianuro para que sea absorbida por la tierra. Si bien es cierto que el cianuro se

⁶ Se refiere a leyes o preceptos penales principales que contienen la pena, pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho.

degrada, en el proceso se contamina el entorno con aguas tóxicas, lo cual vulnera los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente como el de la salud, la vida, a un medio ambiente sano, y sus otros derechos conexos.

Otro caso es el de la multinacional Zijin Continental Gold de Colombia que, si bien cuenta con un sistema de tratamiento de aguas, en su proceso extractivo en las montañas de Buriticá, Antioquia, utiliza agua subterránea cristalina y potable; sin embargo, luego del tratamiento por la planta de potabilización, esta agua es vertida al río Cauca como no potable, y prohibida para el consumo animal y humano, pese a que existen técnicas para su completa potabilización. Moran y Moran (1999) explican este proceso:

Mientras que gran parte del cianuro presente en las aguas del proceso minero se descompone en compuestos mayoritariamente inocuos, concentraciones considerables de otros compuestos de la descomposición del cianuro que son potencialmente tóxicos, pueden persistir. Estos compuestos representan el mayor riesgo para las especies de peces sensibles de agua dulce. Tales compuestos incluyen muchos complejos metalo-cianurados, cianatos, tiocianatos, cianógeno, cloruro de cianuro, cloraminas, junto con amoníaco y nitrato. (p. 16)

Ante este agente, el agua no es que no se pueda potabilizar en su totalidad; no obstante, las compañías *extractivistas* se limitan a cumplir los requisitos mínimos establecidos en la normatividad colombiana. Siendo laxa frente a las afectaciones de los derechos fundamentales por las intervenciones realizadas en las diferentes zonas de extracción en el país.

Por ello, la manera como se están implementando los procesos extractivistas en el país resultan desventajosos para el desarrollo de los territorios, toda vez que las compensaciones ambientales que deben realizarse al final de los ciclos mineros son más cuantiosas que las regalías que obtiene el Estado por permitir el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables.

Es preciso tener en cuenta que los impactos socioambientales son difíciles de determinar por los largos periodos de tiempo en que son otorgados los contratos de concesión mineros, máxime cuando dentro de estas compensaciones ambientales no se contemplan las afectaciones en las áreas de influencia de los proyectos. Complejiza el panorama la utilización de tecnologías por parte de las compañías mineras, que están enfocadas solo en obtener el máximo provecho del material extraído, mas no en mitigar el impacto que genera la actividad extractiva.

Lo anterior conlleva al deber de replantear los métodos y estudios que exigen las autoridades ambientales encargadas de otorgar los permisos y licencias correspondientes para el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables en el país. Con el fin de “entender las razones por los [sic] cuales el bienestar social se encuentra por encima de los derechos individuales o llamados también derechos de primera generación” (Paez Paez,

2016, p. 3), y buscar un equilibrio entre el medio ambiente y el desarrollo económico territorial, en el cual el Estado ejerza como garante de la protección de los derechos fundamentales, y la responsabilidad social y ambiental de los particulares establecida constitucionalmente.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002 resalta la importancia que representa la biodiversidad para el país; la establece como un patrimonio de la nación con un valor estratégico para el desarrollo presente y futuro de Colombia, con componentes tangibles; además de otorgarle un carácter dinámico en el tiempo y espacio, y afirmar que está amenazada por el ejercicio de la actividad minera. Dice la corte que los beneficios derivados del uso de los componentes de la biodiversidad deben ser utilizados de manera justa y equitativa, en forma concertada con la comunidad. Se establece en esta Sentencia que la diversidad biológica por sí sola representa un gran valor económico, ya que en Colombia se encuentra el 10 % de la biodiversidad mundial, aunque solo representa el 0.7 % de la superficie continental (Sentencia C-339, 2002). Cifra que en la actualidad, se mantiene en el Sistema de Información Ambiental de Colombia.

Ante este panorama, se hace necesaria la aplicación efectiva de políticas públicas para la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales frente a las actividades extractivistas, aparte de proyectar bases sólidas para un desarrollo sostenible. La Corte Constitucional también trató este concepto partiendo del Convenio sobre la diversidad biológica suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Destaca la Corte en la anterior sentencia, que en la Constitución Política de Colombia (1991) se estableció un tríptico económico que determinó una función social, a la que le es inherente una función ecológica, encaminada a la primacía del interés general y el bienestar comunitario, en busca de hacer compatibles el desarrollo económico, el derecho a un ambiente sano y un equilibrio ecológico.

La Corte Constitucional en la misma Sentencia trae a colación el impacto que causan las actividades mineras de un estudio realizado por el *Environmental Law Institute*, el cual analiza el impacto ambiental ocasionado por la extracción de minerales; identifica afectaciones por erosión, inestabilidad en pendientes, hundimiento de la superficie, fractura de las rocas, filtraciones de aguas subterráneas, sedimentos ácidos producto de los procesos de lavado, contaminación de fuentes hídricas, contaminación atmosférica con emisiones que pueden contener dióxido de sulfuro, arsénico, plomo, cadmio y otras sustancias tóxicas (Ronm et al., 2000).

Se hace difícil predicar la sostenibilidad en los procesos *extractivistas* si se tiene en cuenta que para llevarlos a cabo se producen forzosamente materiales residuales que deterioran el entorno. “Sin embargo, la inteligibilidad del hecho ambiental se da como categoría de destrucción del medio ambiente formada como narrativa mediante una lógica inductiva de ejemplos” (Juárez, 2016, p. 140). En ese sentido, los efectos sobre el medio ambiente son nefastos. “Pero la lógica inductiva, solo es válida mientras no exista el contraejemplo, es decir que no se demuestre que es posible la actividad minera sin la destrucción ambiental”

(Juárez, 2016, p. 140). Por tal motivo, ante dicha realidad, queda trabajar en acciones tendientes a establecer mecanismos de protección más efectivos que vayan más allá de la simple identificación de las afectaciones sobre el paisaje y los suelos agrícolas.

En relación con lo anterior, se deben replantear los parámetros establecidos para la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), los Planes de Manejo Ambiental (PMA) y los Planes de Gestión del Riesgo (PGR). Estudios que se requieren realizar por los particulares para adelantar las actividades mineras, buscando la mejor forma de utilizar los beneficios económicos fruto de la minería y la protección de la biodiversidad en el territorio. Así mismo, hay que incluir las áreas de influencia en los estudios, así como los efectos generados a largo plazo por los periodos de tiempo que se otorgan a los contratos de concesión; periodos que, sin lugar a dudas, poseen un impacto negativo sobre el medio ambiente, el cual puede variar conforme a la ubicación de los yacimientos mineros y el nivel de intervención en los ecosistemas, entre otros factores.

La conservación del ecosistema no sólo [sic] es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho de rango constitucional, del que son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud. (Bustacara et al., 2015, p. 229)

La Corte en su jurisprudencia ha establecido que la protección de los derechos humanos está por encima de la obtención de beneficios económicos. Es así que, pese a estar dentro de los parámetros permitidos por los actos administrativos expedidos por las autoridades competentes, ninguna disposición legislativa, administrativa o judicial puede ir en contravía de las disposiciones constitucionales ni afectar los derechos consagrados en la Carta Magna; lo anterior en consonancia con el principio número 25 del Convenio sobre la diversidad biológica (1992), el cual postula que la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

Constitucionalidad del Artículo 333 de la Ley 599 de 2000 en referencia a la Constitución Política de Colombia de 1991 y la normatividad ambiental

Es una labor intergeneracional tomar conciencia y desligarse de una herencia antropocentrista para ejecutar acciones que generen cambios y den paso a un pensamiento biocentrista, el cual permita un equilibrio entre el hombre y la naturaleza. El derecho al medio ambiente y la protección a los recursos naturales viene tomando relevancia internacional luego de la

Cumbre de la Tierra (1972) en Estocolmo, donde las partes involucradas, al ver el daño que se había generado y las consecuencias que el descontrolado desarrollo industrial en el medio ambiente estaba causando en la salud de las personas, establecieron que, de no ejecutar acciones tendientes a mitigar el impacto generado, se llegaría a un punto de no retorno en que el desarrollo industrial terminaría acabando con el planeta tierra.

De esta manera, las partes allí reunidas acordaron unir esfuerzos para solucionar lo que hoy se conoce como el cambio climático e implementar políticas que se traducirían en acciones para reducir la huella de carbono generada por la industria. Los modelos *extractivistas* que se llevan a cabo en la actualidad son el legado del siglo XX, donde el afán por el desarrollo industrial hizo a un lado el interés por temas como la sostenibilidad, pero con proyecciones positivas para la economía local e internacional, situación que devela el fortalecimiento del sector *extractivista* en el país, en palabras de Juárez (2016):

El agotamiento de la oferta ambiental y la destrucción del entorno, es un discurso en el que se caracteriza dicha transformación como un acto destructivo negativamente connotado realizado por seres humanos, en contraposición a lo que realiza habitualmente la propia naturaleza. (pp. 139-140)

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia (1991), los derechos de tercera generación comienzan a tener un papel importante; esta fue doctrinariamente llamada la *constitución ecológica* por el conjunto de 34 artículos que marcan el direccionamiento del desarrollo económico, social y ambiental.

Con esto se reconfigura el nacimiento de un nuevo modelo de Estado, el cual es responsable de la protección y garantía de los derechos fundamentales de sus asociados. “En este sentido un país democrático de derecho como Colombia no debe permitir por ningún motivo la afectación o vulneración a los derechos humanos o al DIH” (Barrera-Ruiz, 2017, p. 18). Sin embargo, los cambios generados por el nuevo modelo de Estado no se reflejan de manera inmediata, sino que corresponde a las nuevas generaciones velar porque ese modelo actualizado de Estado madure, o, por el contrario, se genere la necesidad de su reforma o excepcional revocatoria.

La Corte Constitucional, como vedora de la interacción entre el gobierno y la sociedad, ha realizado a través de estos años pronunciamientos que han permitido que esta constitución ecológica se fortalezca, apoyando de esta forma una transición a modelos económicos sostenibles, y permitiendo el desarrollo de conceptos como la bioeconomía y la economía circular.

Es así como la Sentencia T-406 de 1992 fija lineamientos importantes para entender la conceptualización de los principios y valores constitucionales; además, es un punto de partida en el direccionamiento para la inclusión al bloque de constitucionalidad de nuevos derechos como resultado de la evolución de los procesos sociales.

En ese sentido, la Corte Constitucional referencia la transversalidad que existe entre los diferentes derechos humanos, permitiendo a los del medio ambiente su eventual reconocimiento como derechos fundamentales de protección inmediata. A partir de esto, los jueces constitucionales se convierten en creadores de derecho⁷ a través de subreglas, procurando la protección de estos derechos, de forma que se pueda garantizar su aplicación por mecanismos como la acción tutela o la acción popular, sin dejar de mencionar las acciones de cumplimiento a la responsabilidad social que recae en el Estado.

Así las cosas, resulta equívoco predicar una inconstitucionalidad del Artículo 333 del Código Penal, ya que en un primer análisis en ningún momento está prohibiendo el ejercicio de la actividad minera, la cual se encuentra amparada por los Artículos 333 y 360 CP. La disposición penal solo está castigando a quien dentro del ejercicio de esta actividad genere una contaminación al medio ambiente, de manera tal que se afecten derechos fundamentales en atención a la protección que constitucional y jurisprudencialmente se le ha dado al medio ambiente, a los derechos de las generaciones futuras y demás derechos conexos que puedan llegar a ser vulnerados por la contaminación generada en el ejercicio de la actividad minera. Ante este panorama, la Corte Constitucional se pronunció mediante la Sentencia C-389 de 2016:

La planificación ambiental, la regulación sobre recursos naturales y el deber de intervención, deben tomar en consideración aspectos como los lugares en que se desarrollan las actividades, la naturaleza e intensidad de los métodos y herramientas utilizados para la extracción, la obligación de preservar los servicios ambientales, los ecosistemas estratégicos y la biodiversidad. (p. 70)

La Corte Constitucional dentro de la misma Sentencia fija unos puntos como reglas de interpretación cuando surgen tensiones entre derechos del medio ambiente y derechos económicos:

Si las tensiones surgen de considerar que el desarrollo puede prescindir del ambiente, debe señalarse primero que puede tratarse de un falso conflicto, originado en una comprensión inadecuada del desarrollo, como riqueza económica. La generación de rentas inmediatas no es desarrollo si lleva inexorablemente a un futuro de escasez o agotamiento definitivo de las riquezas naturales, en términos de ecosistemas, biodiversidad y servicios ambientales. (Sentencia C-389, 2016, p. 70)

Sin embargo, la publicación realizada por la Revista Semana el 18 de octubre del 2020, que expone el consumo desmedido de los recursos naturales en el país, permite ver que el direccionamiento de las políticas públicas da prioridad a la generación de rentas inmediatas

⁷ La Constitución de Colombia de 1991 varió el concepto de *constitucionalismo* e instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, con argumentos basados en el texto constitucional sin intermediación legal. La carta debe ser complementada con las decisiones judiciales que indican la manera como se aplican sus normas. Dicho en otras palabras: las decisiones del juez constitucional complementan el texto legal con los criterios de aplicación, esto es, con las excepciones a la regla que no han sido contempladas en el texto fundamental a través de la creación de las normas que la doctrina ha denominado “sub-constitucionales” (Sentencia C-546 de 1992). La Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional otorga el valor de precedente obligatorio a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que constituyen doctrina probable.

cediendo la riqueza natural al *desarrollo*, yendo en contravía de los lineamientos constitucionales, y direccionando el país a un futuro de escasez y agotamiento definitivo de las riquezas naturales.

Un ejemplo de lo anterior es observar la afectación ambiental que se ha generado en el territorio de La Guajira, región colombiana donde se encuentra Cerrejón,⁸ la mina de carbón a cielo abierto más grande de América Latina. Entró en labores desde 1975, en medio de una crisis humanitaria que afecta al Pueblo Wayú,⁹ un grupo poblacional internacionalmente protegido. Percibiendo, además de una responsabilidad social empresarial que no se hace efectiva y un ejercicio extractivista que, luego de 45 años de explotación, ha dejado una huella ecológica imborrable y afectaciones irreversibles al medio ambiente. Pese a haber celebrado la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en 1994, no se evidencia el trabajo que se realice para mitigarla. Contrario a esto, va ganando territorio.

Este es solo un ejemplo de minería legal, entre muchas existentes en el país, cuya forma de ejecución en la actualidad lleva a la destrucción de ecosistemas y al agotamiento acelerado de los recursos naturales. En palabras de la Corte Constitucional, se están afectando de manera inexorable los recursos naturales, y llevando al país a un futuro de escasez y agotamiento definitivo. En palabras de Juárez (2016, como se cita en Suárez, 2011),

la destrucción inmediata del medio ambiente debe evitarse creando sistemas productivos que lo respeten, teniendo en cuenta que tanto la minería ilegal como la legal participan en dicha destrucción. Aunque la minería ilegal puede producir mayor daño ambiental que la legal y dicha legalización lo reduciría.

Teniendo en cuenta lo anterior, la constitucionalidad del Artículo 333 del Código Penal se materializa en tanto la norma se orienta a aquellas personas que dentro del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables afecten de manera negativa los derechos fundamentales de las comunidades donde tienen presencia; ello en aplicación del principio de *in dubio pro ambiente* tratado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-339 de 2002 y el principio de precaución¹⁰ incorporado desde el Convenio sobre la diversidad biológica (1992), que hace referencia a la protección del medio ambiente al momento de implementar procesos, generar políticas públicas y establecer la normatividad pertinente para el aprovechamiento de los recursos naturales. “No se trata solo de una cuestión de grado, sino de un discurso corporeizado en contexto, ya que la desafortunada destrucción ambiental sirve a una finalidad productiva, en ambos casos” (Juárez, 2016, como se cita en Suárez, 2011).

⁸ Empresa de Glencore, encargada de operaciones mineras de exportación de carbón a cielo abierto, constituyéndose en una importante empresa para la economía de Colombia, ubicada en el departamento de La Guajira.

⁹ Es una población de indígenas ubicados en la península de La Guajira, que habitan principalmente los territorios del departamento de La Guajira en Colombia y del estado Zulia en Venezuela.

¹⁰ Sentencias que tratan dicho principio: Sentencia C-339 de 2002, Sentencia C-123 de 2014, Sentencia T-234 de 2017, Sentencia T-236 de 2017 y Sentencia C-225 de 2017.

Si bien es cierto que los recursos del subsuelo son propiedad del Estado, conforme lo establece el Artículo 332 CPC, también es cierto que el Estado puede disponer de estos recursos y ceder su explotación a los particulares por medio del Artículo 333 CPC, que da paso a la iniciativa privada, amparada en el Artículo 360 CPC; con ella se faculta el ejercicio de la actividad minera dentro del territorio colombiano. En consonancia con este último Artículo se desarrolla la Ley 685 de 2001, el actual Código de Minas, encargado de regular la explotación de los recursos mineros en el país.

De la misma manera, se fijan unos lineamientos que tratan de regular las iniciativas tanto privadas como gubernamentales, que están orientadas a la protección del medio ambiente a partir de los procesos vinculantes del desarrollo económico, como el Artículo 334 CPC; allí se establece el deber de intervención estatal para lograr beneficios de progreso y protección medioambiental. Del mismo modo, el Artículo 333 CPC, pese a permitir la iniciativa privada, impone una carga de responsabilidad social en la implementación de estas iniciativas.

Por su parte, el Artículo 80 CPC exhorta a que se prevengan y controlen los factores de deterioro ambiental en la planificación de las políticas concernientes al manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; prevención que debe estar acorde con la protección de los derechos de las generaciones futuras y la cesión de intereses económicos para la protección del medio ambiente.

Es por ello que se debe entender el Artículo 333 de la Ley 599 de 2000 como un desarrollo legislativo que busca evitar el deterioro ambiental generado por el ejercicio de la actividad minera; como una voluntad legislativa en aplicación al conjunto de tratados y convenios internacionales. Estos son incorporados al ordenamiento jurídico interno mediante el Artículo 93 CPC, que busca la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales con el fin de garantizarlos para las generaciones futuras.

En consecuencia, el particular que pretenda realizar una intervención en el medio ambiente debe dar cumplimiento a esa función ecológica que representa la propiedad privada contemplada en el Artículo 58 CPC y en la función social del Artículo 333 CPC, ya que se debe garantizar el derecho a un medio ambiente sano, la salud y la vida digna que, como políticas públicas, deben estar sobre los intereses económicos y las regalías que se puedan obtener producto del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables. Estas condiciones se encuentran establecidas en el Artículo 366 de la Constitución Política de Colombia de 1991 sobre el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como una finalidad esencial del Estado, la cual debe garantizar su cumplimiento como prioridad en la asignación del gasto público.

En la Sentencia C-389 de 2016, la Corte cita la Sentencia C-671 de 2001, en la cual plantea que es deber del Estado propugnar por “un desarrollo sin un aumento en el consumo de recursos que supere la capacidad de carga del medio ambiente” (Sentencia C-389, 2016, p. 74). En otras palabras, obedece a “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades” (p. 74).

Pese a esto, Greenpeace Colombia en una publicación en su portal en línea, el 16 de octubre de 2020, publicó una nota manifestando el sobregiro medioambiental colombiano que se registró el 17 de octubre de dicho año; para esa fecha el país ya se había consumido la cantidad de recursos que podía regenerar; una cuestión tendiente a empeorar con el paso de los días, y producto del crecimiento poblacional y el uso desmedido de los recursos naturales. Por tal motivo, urge la necesidad de implementar normas tendientes a lograr un desarrollo sostenible.

Dicho lo anterior, resulta determinante tener que replantear el método y la forma en la que se implementa actualmente el modelo *extractivista* en el país, toda vez que es contradictorio que la Constitución exija la protección del medio ambiente en el desarrollo económico local, pero la administración otorgue contratos de concesión minera que autorizan al particular a generar contaminación, vulnerando con ello los derechos fundamentales en la mayoría de los eventos, ya que los estudios de impacto ambiental exigidos por las autoridades competentes no incluyen las áreas de influencia.

El Estado obtiene en contraprestación unas tarifas que se entienden como el pago por servicios ambientales, pero resultan irrisorias al momento de generar las compensaciones respectivas al daño; es decir, desde el principio del proceso el particular y la administración pública saben, reconocen y aceptan la generación de una afectación directa al derecho al medio ambiente sano y a otros derechos fundamentales conexos, donde se encuentran comprometidos los derechos de las generaciones futuras.

El permiso de autoridad competente para el ejercicio de la actividad minera no es eximente de responsabilidad penal

Se puede señalar que, el contrato de concesión minera celebrado entre el gobierno, quien es representado por la Agencia Nacional de Minería (ANM) y un particular, en el cual se conceden los derechos de usufructo sobre los minerales del subsuelo a cambio de una contraprestación económica, se manifiestan en la figura que representa y garantiza la utilidad pública y el bienestar social.

Para la ejecución del contrato, la entidad ambiental encargada exige la expedición de los estudios correspondientes para el licenciamiento ambiental correspondiente al desarrollo de las actividades mineras. La entidad encargada de la vigilancia y control de las actividades del particular está determinada por la cantidad de material que se vaya a extraer por año (Presidencia de la República de Colombia, 2015, Artículo 2.2.2.3.2.1 al Artículo 2.2.2.3.2.6).

Sin embargo, las visitas de seguimiento y control por parte de las entidades encargadas no eran efectivas porque cuando la autoridad ambiental llegaba a realizar el control, ya se habían generado los daños. Se puede relacionar como ejemplo el caso de la Sociedad Invercot S. A. S. sancionada por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR Cundinamarca) por labores de extracción mineras que venían adelantando en el sur de Soacha. La empresa fue intervenida por la autoridad ambiental desde el 2009, pero generó afectaciones hasta el 2015; la sanción administrativa fue una multa que no se materializó en la comunidad afectada.

La falta de presencia de estas entidades por falencias, quizás estructurales o presupuestales, y los largos periodos por los que se otorgan los contratos de concesión mineros, permiten que el deterioro ambiental sea mayor y se afecten no solo el medio ambiente, sino también los derechos fundamentales conexos de las comunidades que se encuentran en el área de influencia de estos proyectos. Es por esto que se deben cumplir las garantías de protección al medio ambiente y de las poblaciones afectadas por la contaminación causada en el ejercicio de la actividad minera; se hace necesaria la aplicación del Artículo 333 del CP al particular que en el desarrollo de sus actividades lícitas afecte los derechos fundamentales.

Ejemplos como el de la Sociedad Invercot S. A. S. tornan la provocación de contaminación en el ejercicio de la actividad minera en una conducta punible. A pesar de haber una sanción administrativa para esta, se ampara en razón a la división de las ramas del poder público y la independencia de sus actuaciones, contemplada en el Artículo 113 de la CPC,

máxime si la entidad administrativa está permitiendo la vulneración de los derechos fundamentales, para tratar de evitar esos casos tardíos en los que, cuando se advierte la afectación al medio ambiente, el daño ya es muy grave y, en ocasiones, irreversible.

En otro ejemplo de análisis se encuentra que en el municipio de Buritica, Antioquia, se realiza un análisis sobre los costos tangibles e intangibles de la pérdida del ecosistema, sin medir el invaluable riesgo en el que se pone la preservación de la vida. Así, los beneficios obtenidos por las regalías son efímeros frente a las compensaciones que en materia ambiental se tienen que hacer en las zonas de influencia afectadas por los proyectos *extractivistas* (RTVC, 2019).

Si las entidades adscritas al órgano ejecutivo, encargadas de la administración de los recursos naturales renovables y no renovables, no hacen un correcto seguimiento y control a los contratos y licencias otorgados a las iniciativas privadas para el ejercicio de la actividad minera, es deber del aparato judicial velar por mandato constitucional, la protección de los derechos fundamentales y castigar los hechos jurídicamente punibles.

Lo interesante es que, a pesar de que es un tipo penal vigente, no se presentan actuaciones penales por las afectaciones a derechos fundamentales con ocasión a la contaminación ambiental producida por las compañías lícitas. Podría pensarse en una violación al *non bis in ídem*,¹¹ o conflicto de intereses, en los casos en los cuales ya se adelantó la sanción administrativa o se encuentra en curso. Pero no hay una violación a tal principio ni ningún conflicto de intereses, toda vez que la actuación penal puede llevarse de manera paralela o independiente a los procesos sancionatorios que realizan las entidades administrativas por contaminación.

Se ampara la aplicación del Artículo 333 del CP en la protección de los derechos fundamentales; no solo los que se encuentran taxativos desde el Artículo 11 al 41 CPC, sino también todos aquellos que son incorporados al bloque de constitucionalidad por medio del desarrollo jurisprudencial, así como los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, en aplicación a la figura *in dubio pro ambiente*¹² traída por la Sentencia C-339 de 2002, como recordatorio de la obligación emanada del principio 15 del Convenio sobre la diversidad biológica, correspondiente al principio de prevención. En este contexto, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto:

En el plano jurídico el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales. (Sentencia C-339, 2002, p. 40)

¹¹ Del latín, que “nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho”.

¹² Del latín, “La duda a favor de la naturaleza”.

Es así como las acciones de protección deben ser desarrolladas “pensando en las generaciones futuras, se debe propender por el desarrollo sostenible del mismo, el cual conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social” (Bustacara et al., 2015, p. 229). Sin duda alguna, no solo se debe pensar en el progreso en términos cuantitativos, sino que deben ser pensados de modo sostenible, es decir, “sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades” (p. 229). Esto, sin duda, a través de procesos regulados y responsables frente a la implementación de la gestión ambiental que deben tener las compañías *extractivistas* en las áreas de influencia.

Nulidad del contrato minero al vulnerar derechos fundamentales y configurarse como conducta punible

Con fundamento en lo anterior, es pertinente mencionar que una conducta típica y antijurídica, a la luz del derecho penal colombiano, permite advertir la ilicitud de una actividad; por tanto, para el caso particular expuesto previamente respecto a la aplicación del Artículo 333 CP frente a la minería legal, permite predicar la nulidad de los contratos de concesión mineros a la luz del Código Civil; esto debido a que los contratos de concesión mineros no se entienden bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, en términos de la Sentencia T-389 de 2016 porque la iniciativa privada amparada por el Artículo 330 de la Constitución Política de Colombia de 1991 le permite a un particular solicitar el aprovechamiento de los minerales que yacen en el subsuelo de una zona determinada y delimitada, mas no es el Estado quien inicia una licitación pública para el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables.

Por ello es que la nulidad del contrato se puede apoyar en el Artículo 1741 de la *Ley 84 de 1873, Código Civil Colombiano*; al convertirse el ejercicio de explotación en una causa ilícita por la contaminación que afecta el medio ambiente y los derechos fundamentales conexos. Sumado a esto, el Artículo 1742, manifiesta que dicha nulidad puede ser declarada por un juez aún sin petición de parte (Congreso de la República, 1873). Lo que genera inseguridad jurídica para los contratos que se encuentran en ejecución en la actualidad, teniendo en cuenta que el ejercicio de la actividad minera legal, tal y como se lleva a cabo hoy en día, no tiene en cuenta el área de influencia ni mucho menos la incluye en los planes de mitigación, reparación y compensación, generando una vulneración de los derechos fundamentales en las comunidades donde hace presencia, lo que conlleva a una ilicitud de la que se puede predicar la nulidad del contrato de concesión minero, celebrado entre las entidades encar-

gadas de administrar los recursos naturales del país y aquel particular que en el ejercicio de la actividad minera contamine el medio ambiente y afecte derechos fundamentales, transgrediendo además el bien jurídicamente tutelado por el Artículo 333 CP.

Conclusiones

Se puede deducir que la minería legal en Colombia puede llegar a ser ilícita, partiendo del análisis hermenéutico del Artículo 333 del Código Penal. Esto, a partir de la responsabilidad generada en los particulares, que dentro del ejercicio de sus actividades mineras generan una contaminación que afecta de manera negativa el medio ambiente y derechos fundamentales de las comunidades aledañas a los proyectos *extractivistas*. Si bien el derecho penal se constituye en la *Ultima Ratio*, este debe intervenir a falta de la acción efectiva por parte de la administración pública para la protección de los derechos fundamentales.

Estos hallazgos, llevan a que se deban replantear y condicionar las actividades mineras por parte del legislador y las entidades encargadas por el gobierno nacional para la administración de los recursos naturales. En ese sentido, urge la necesidad de que se exija la utilización de métodos de extracción de minerales que no afecten los aprovechamientos económicos de la superficie, abriendo paso a modelos económicos circulares.

Además, se puede preservar y fortalecer el medio ambiente, aprovechando los beneficios económicos que pueden llegar a resultar del desarrollo de una bioeconomía. Otro elemento importante es que se ejerza una actividad minera más responsable, controlada y sostenible frente al medio ambiente; las áreas de influencia deben ser tenidas en cuenta al momento de la elaboración de los planes de mitigación, reparación y compensación que deben incluir los estudios de impacto ambiental, haciendo efectiva la responsabilidad social empresarial que constitucionalmente recae sobre los particulares.

A su vez, el Estado como dueño de los recursos que yacen en el subsuelo debe garantizar los derechos de las generaciones futuras y asumir una responsabilidad real y efectiva frente a la protección de los ecosistemas y la vida en general, siendo menester replantear el direccionamiento económico en el que no sean primordiales los recaudos inmediatos. También se puede ver en la Corte Constitucional una postura proteccionista del medio ambiente, con posturas integracionistas frente a la relación que surge entre la economía, el medio ambiente y las comunidades.

Así las cosas, el análisis del panorama económico conlleva a contemplar otras opciones como las que trata el Artículo 90 de la Ley 99 de 1993, sobre los recursos provenientes del canje de la deuda externa por actividades o proyectos sobre protección, mejoramiento y recuperación del medio ambiente, que se ha venido implementando con muy buenos

resultados económicos y ecosistémicos. Desde 1987, la ONG ecologista Conservación Internacional organizó entre Bolivia y acreedores extranjeros el primer canje de deuda por naturaleza del mundo, consistente en proyectos de conservación en la Amazonía a cambio de la condonación de la deuda externa; Colombia realizó algo similar en 1992 con Estados Unidos y Canadá, lo que se conoce como *iniciativa de las Américas*.

Del mismo modo, el Artículo 90 de la Ley 99 de 1993 plantea y pretende que el derecho ambiental colombiano deje de ser reactivo y comience a ser más preventivo; toda vez que, de no tomar medidas para mejorar la conservación del medio ambiente en todos los ámbitos de aprovechamiento de los recursos naturales, se está poniendo en peligro la vida en todas sus manifestaciones.

El resultado de esta investigación podrá servir como un argumento a todos aquellos movimientos sociales que deseen, busquen y luchen por una mayor protección ambiental frente a la presencia minera dentro de sus territorios. La normativa relativa a la protección del medio ambiente es muy amplia, pero el direccionamiento político y el enfoque económico de obtención de ingresos a corto plazo para competir económicamente en el mundo actual hacen que la normatividad ambiental no sea muy efectiva y permita la destrucción del tesoro natural con el que cuenta Colombia.

Referencias

- Barrera-Ruiz, J. A. (2017). La minería en Colombia: un estudio del caso de la afectación a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el departamento de Chocó [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia – RIUCaC. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14307>
- Bustacara, J. M. R., Serna, A. K. P., Caicedo, N. L. B., & Cuesta, L. H. (2015). Afectación del derecho al medio ambiente sano en la Comunidad de Condoto-Chocó por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales. *Revista Pensamiento jurídico*, (42), 213–240. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/55411>
- Cañón de la Rosa, J. M., & Erasso, C. G. (2004). El papel del derecho penal en la tutela del ambiente [Tesis de pregrado, Universidad Javeriana]. Repositorio Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/56376>
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 de 1873. *Código civil de los Estados Unidos de Colombia*. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.htm

- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 99 de 1993. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 41.146 de 22 de diciembre de 1993. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 44.097 de 24 julio de 2000. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=6388
- Constitución Política de Colombia [Const]. J(1991). Gaceta Constitucional 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, Expediente T.778. M.P. Ciro Angarita*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (2002). *Sentencia C-339 del 7 de mayo de 2002, Expediente D-3767. M. P. Jaime Araujo Rentería*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-339-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-389 del 27 de julio de 2016, Expediente D-11172 27. M. P. María Victoria Calle*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-389-16.htm>
- Grupo de Diálogo sobre Minería en Colombia. (2016). *Propuestas para una visión compartida sobre la minería en Colombia* (2da ed.). SSRC, Fundación Ford. https://gdiam.org/wp-content/uploads/2021/09/2016.MINERI%CC%81A.web_.pdf
- Juárez, F. (2016). La minería ilegal en Colombia: un conflicto de narrativas. *El Ágora USB*, 16(1), 135–146.
- Moran, R., & Moran, R. E. (1999). El cianuro en la minería: Algunas observaciones sobre la química, toxicidad y análisis de las aguas asociadas con la minería. *Ecología*, 99,1–23. <https://remwater.org/wp-content/uploads/2016/01/Moran-Robert-E.-EL-CIANURO-EN-LA-MINER%3%8DA-ALGUNAS-OBSERVACIONES-SOBRE-LA-QU%3%8DMICA-TOXICIDAD-y-AN%3%81LISIS-DE-LAS-AGUAS-ASOCIADAS-CON-LA-MINER%3%8DA.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>

- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Paez Paez, D. F. (2016). *Antecedentes y desarrollo de la teoría del Estado, la estructura y organización del Estado colombiano, y su relación con la Administración Pública* [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional Universidad Nueva Granada. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/14834>
- Presidencia de la República de Colombia. (1974). *Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Diario Oficial 34.243 del 18 de diciembre de 1974. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1551>
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1076 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible. Esta versión incorpora las modificaciones introducidas al Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible a partir de la fecha de su expedición*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78153>
- Ronm, E., Law, E., & Tute, I. N. (2000). *Prevención de la Contaminación Minera: Propuesta de un Marco Común para las Américas*. https://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/d10_02s.pdf
- RTVC noticias. (2019). Minería legal e ilegal en Antioquia está acabando los ríos y el campo. <https://www.rtv.gov.co/noticia/mineria-legal-e-ilegal-en-antioquia-esta-acabando-los-rios-y-el-campo>.
- Suárez López, B. E. (2017). Retos de la regulación jurídico-penal de la minería en Colombia. Estudio del Artículo 333 del código penal colombiano. *Vuniversitas* (135), 421–456. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.rrjp>

PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DESDE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: CONSULTAS POPULARES EN COLOMBIA, JUSTICIA AMBIENTAL Y EL ACUERDO DE ESCAZÚ¹

Andrés Gustavo Pérez Medina*

Introducción

Las constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL) buscan romper las tensiones entre constitucionalismo y democracia adoptando una visión participativa del pueblo como poder constituyente que conlleva a que este funja como controlador de los poderes públicos, pero, además, como verdadero órgano político. No obstante, los poderes públicos han sido renuentes a esta clase de controles por parte del pueblo, subvirtiendo la ontología y naturaleza del texto constitucional a fin de amplificar sus poderes en detrimento de los intereses populares.

Como caso de estudio el capítulo plantea el mecanismo de consulta popular para la defensa del medio ambiente de actividades minero-extractivas en las cuales el pueblo, como poder constituyente, se autoconcibe como poder soberano mediante mecanismos de carácter institucional para la protección de sus intereses desde un panorama descentralizado de la toma de decisiones administrativas, entendiendo el especial enfoque territorial que conlleva la justicia ambiental. Empero, la justicia constitucional, en cabeza de la Corte

¹ El capítulo hace parte del proyecto de investigación titulado “Límites y criterios de interpretación constitucional para la defensa de la soberanía popular” 2021, desarrollado en el marco del proyecto de tesis doctoral titulado de la misma manera, aprobado por la Universidad de Valencia en el programa de Doctorado en Derecho, Ciencias políticas y Criminología.

* Abogado, especialista en Derecho de daños, Responsabilidad pública y privada, magíster en Derecho Constitucional y doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología de la Universidad de Valencia. Docente investigador de la Universidad la Gran Colombia, sede Bogotá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5318-7986> Correo electrónico: andres.perezme@campusucc.edu.co

Constitucional y mediante una decisión contradictoria con su propio precedente, limitó los ejercicios de democracia participativa de la ciudadanía respecto de su territorio, usurpando el carácter soberano del pueblo en las decisiones estatales. No obstante, el tratado internacional denominado Acuerdo de Escazú rectifica por las vías institucionales la necesidad de mayores espacios de participación como elemento esencial de una ontología propia del poder constituyente.

El trabajo tendrá como objetivo general: determinar el alcance democrático del Acuerdo de Escazú en Colombia; mientras que como objetivos específicos se tendrán: (1) describir la ontología del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano; (2) analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a las consultas populares para la protección del medio ambiente; (3) revisar los principales elementos y características del Acuerdo de Escazú para la defensa de la democracia participativa.

Para comenzar, se revisará la noción de *poder constituyente* desde la corriente teórica denominada NCL como reivindicación del constitucionalismo democrático. Seguidamente, se aborda el estudio jurisprudencial referente a la procedencia de las consultas populares para la defensa del medio ambiente y, finalmente, se aborda el contenido normativo del Acuerdo de Escazú y su compatibilidad con la ontología de la noción de *poder constituyente*.

Metodología

Se empleará una metodología cualitativa de naturaleza analítica, dado que se pretende exponer una línea argumentativa que examine de manera pormenorizada los elementos del poder constituyente en Colombia y su incidencia en los mecanismos de participación popular para la defensa del medio ambiente para finalmente analizar los efectos jurídicos que trae consigo el Acuerdo de Escazú respecto de los mecanismos de participación popular para la defensa del medio ambiente. Como insumos del trabajo se tomarán fuentes doctrinales de carácter tanto nacional como internacional, jurisprudencia y la normatividad en cita.

De conformidad con lo expuesto por Cortés González y Álvarez Cisneros (2017, p. 100), el trabajo de investigación será de naturaleza jurídico-doctrinal dado que centra su análisis en la figura jurídica de poder constituyente en Colombia y sus efectos en los mecanismos de participación ciudadana para la defensa del medio ambiente. Ahora bien, respecto al método de investigación, será empírico cualitativo mediante el análisis de contenido de diferentes fuentes de información y la normatividad vigente.

Ontología del poder constituyente y NCL: la necesidad de los escenarios participativos para la legitimidad democrática

El NCL como teoría de la Constitución política retoma las nociones de *poder constituyente* y *soberanía popular* como elementos que legitiman el carácter normativo de la Constitución y, a su vez, los poderes constituidos, haciendo imperiosa la participación del pueblo en la creación del texto constitucional (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2010, p. 19), pero, además, la necesidad de que sea el mismo pueblo quien controle los poderes derivados de la función constituyente. Por ello hablar de NCL es hablar de la Constitución no solo en sentido formal, sino desde un punto de vista material que nace de la voluntad popular al retomar el concepto de *Constitución democrática*. De allí que la visión del poder constituyente tenga una triple dimensión en el modelo de Constitución del NCL: (1) como elemento que articula la legitimidad política de los poderes públicos; (2) como actor político en las decisiones que importan al Estado y en las cuales sus ciudadanos deben tener una participación; y (3) como control a las actuaciones de los poderes constituidos.

De esta forma, la participación del pueblo en la creación constitucional resulta ser esencial para alivianar las tensiones entre constitucionalismo y democracia, pero cuando se ponen en marcha los contenidos constitucionales mediante diversos mecanismos institucionales que buscan legitimar la acción de los poderes públicos (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2014, pp. 71-72). Así las cosas, se hace énfasis en aquellas visiones históricas en que el poder constituyente se desvanece una vez creado el texto constitucional (Noguera Fernández, 2011, p. 172), ya que el poder constituyente se transforma para seguir ejerciendo su poder soberano, pero desde la institucionalidad. Así las cosas, se reafirma el carácter absoluto e ilimitado del poder constituyente, en tanto la autolimitación del propio pueblo es el único control a sus decisiones (Martínez Dalmau, 2014, pp. 86-96). Por ello, aquellas visiones reduccionistas del poder constituyente no se compaginan con la realidad constitucional y es que el poder constituyente no desaparece, sino que se transforma, y lo hace adquiriendo el estatus de poder soberano en el texto constitucional a fin de irradiar las actuaciones y contenidos constitucionales, como también de proteger el proyecto constitucional de los órganos constituidos.

Con todo, el NCL superpone la noción del pueblo como poder constituyente absoluto y soberano desde principalmente dos visiones: (1) la supremacía del poder constituyente como único creador del texto constitucional; (2) la implementación de múltiples mecanismos de democracia participativa para integrar la voluntad popular a las decisiones de los poderes constituidos (Salazar Ugarte, 2013, pp. 367-368).

De allí que la reivindicación del pueblo como poder soberano significa a su vez la concepción de este como poder absoluto, ilimitado e indelegable. Por ello, las visiones de otras corrientes doctrinarias entienden superada la noción de poder constituyente como concepto que limita y restringe el ámbito de actuación del pueblo (Garzón Valdés, 1989; Ferrajoli, 2008). Por el contrario, el NCL resignifica la función del pueblo en el engranaje constitucional al buscar escenarios de autodeterminación y autogobierno popular (Kalivas, 2005, p. 116-117) que impida “*la oligarquización del sistema político*” (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2014, p. 72). De allí que el fundamento del constitucionalismo moderno, como límite a las tiranías de las mayorías (Prieto, 2001, p. 204), sea alterado por la ontología misma del NCL que establece un límite de naturaleza representativa para las mayorías políticas, pero de ninguna manera al poder constituyente. De este modo:

Estas formas contemporáneas de poder negativo indirecto suponen la superación de la citada figura de la tripartición de poderes como sistema de autocontrol del poder, ejercido independientemente del pueblo, mediante unos mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado, y, como hemos señalado antes, el establecimiento, mediante la creación de un tipo de poder popular autónomo no vinculado a los límites de la estructura de la tripartición de poderes con capacidad de ejercer el control democrático. (Noguera Fernández, 2011, p. 191)

En este caso, Noguera Fernández (2012, p. 12) hace sendas apreciaciones a aquellas teorías que critican el carácter democrático del control de constitucionalidad como elemento del constitucionalismo moderno. Sin embargo, expone la manera en que autores como Waldron (2018) sustentan su análisis desde una visión liberal y representativa de la democracia que el NCL irrumpe con modelos constitucionales de innovación, que integran como elementos nucleares del sistema jurídico y político la soberanía popular, la justicia constitucional y la participación directa del pueblo, en tanto que ello se hace más evidente al revisar las causas del nacimiento del NCL, esto es, la reivindicación de un derecho social que desmonta las clásicas visiones liberales de los derechos (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2005, pp. 60-64).

La reivindicación del pueblo como poder constituyente y soberano busca dar un carácter prevalente a los escenarios políticos sobre los jurídicos. La voluntad popular, revolucionaria y emancipadora (Bassa, 2008, p. 52), a diferencia del constitucionalismo europeo, nace para cercenar las amplias brechas de desigualdad dentro de las sociedades latinoamericanas, pero desde los mismos espacios democráticos en los cuales se dan las herramientas jurídicas para que sea el pueblo quien busque a través de diversos mecanismos institucionales el cierre de esas brechas (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 7). Así, Méndez López y Cutié Mustelier (2010, p. 111) señalan cómo el pueblo es el principal actor en las transformaciones sociales al construir “desde abajo” mediante la participación popular para entregar soluciones democráticas a los problemas que surgen día a día.

De allí que se pueda señalar que la Constitución en el NCL es compleja y transformadora en tanto genera “una ruptura con el pasado, un proyecto de vida en el presente, pero también el futuro se convierte en un espacio de lucha por los mejores sentidos que permitan una mayor emancipación” (Navas Alvear, 2016, p. 20).

Las constituciones del NCL pueden ser revisadas desde un enfoque participativo y otro republicano, que implique a su vez múltiples derechos y mecanismos de participación democrática entendiendo la necesidad de que exista una sinergia entre los poderes constituidos y el pueblo como poder soberano, que busque la creación de escenarios deliberativos fuera de los órganos de poder que alientan por la resolución de los conflictos de manera democrática, para que desde un enfoque republicano se busquen mejores condiciones de vida para sus habitantes (Navas Alvear, 2016, pp. 22-27). De esta forma, el enfoque republicano articula elementos de índole tanto garantista como participativo para brindar posibilidades democráticas para la transformación de la sociedad como causa de los procesos constituyentes a partir del cumplimiento de los fines estatales (Navas Alvear, 2013, p. 197).

En este sentido, las constituciones del NCL integran diversos mecanismos de democracia directa que buscan legitimar la acción del gobierno, haciendo que las decisiones del pueblo sean vinculantes para los poderes públicos y un complemento a los ejercicios de democracia representativa (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 22). De allí que el principal rasgo distintivo del modelo constitucional del NCL sea la integración de múltiples mecanismos de democracia participativa, retomando un especial carácter político de la Constitución, a lo que Salazar Ugarte (2013) dirá: “Ello, en cierta medida, es un efecto de la concepción radical que sostiene al NCL: el constitucionalismo populista envuelve el poder político con un halo de legitimidad que lo inmuniza contra los controles del constitucionalismo clásico” (p. 384).

En cualquier caso, pese a que las constituciones del NCL tienen una tendencia a acoger un modelo de democracia participativa, es más conveniente el término de *democracia multidireccional y republicana* señalado por Villabella (2010, p. 73) en tanto no se trata únicamente de un modelo democrático tendiente a la elección de sus representantes o decisiones de carácter plebiscitario, sino decisiones que trascienden a aspectos económicos y sociales; mientras que la asunción de estos mecanismos deberá ser dirigida hacia modelos de innovación que institucionalizan los dispositivos de participación democrática, con el fin de intentar generar modelos de toma de decisiones dialógicos, pero heterogéneos, que permitan la construcción de un arquetipo social sustentado en la pluralidad; se da así, entonces, una relación interdependiente entre poder constituyente y poderes constituidos.

A pesar de algunas posiciones contrarias (Alterio, 2021; Chávez, 2021; Salazar Ugarte, 2013), la Constitución de la República de Colombia de 1991 se constituye como la primera Constitución del NCL, en la que si bien se dio un tránsito constitucional a partir de movimientos pacíficos, estas convulsiones generaron una ruptura del orden jurídico establecido

y se incorporaron múltiples elementos de participación democrática que erigieron una Constitución revolucionaria creada por el propio pueblo y fruto de amplias movilizaciones con múltiples mecanismos de participación popular (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2010, pp. 17-18).

La Constitución colombiana de 1991 fue un texto pionero en establecer múltiples mecanismos de democracia participativa a los que se les daría continuidad en constituciones latinoamericanas posteriores (Noguera & Criado, 2011, p. 38). Por ello, existe una estrecha relación entre el principio de supremacía constitucional, los mecanismos de participación democrática y el poder constituyente. La Constitución funge como un límite a los poderes políticos, pero además es un medio para la legitimidad permanente de las decisiones de los poderes constituidos a partir de la participación de los ciudadanos mediante los mecanismos institucionales de democracia participativa (Sosa, 2012, p. 304).

Colombia en su Constitución de 1991 buscó nuevas formas de interacción entre la sociedad y los poderes públicos teniendo un fuerte rasgo de descentralización de las decisiones estatales al definirse como una república en la cual la participación del pueblo es un principio fundamental, un fin esencial, un ejercicio de soberanía popular, derecho fundamental y norma de rangos constitucionales. La participación también es un mecanismo de inclusión, de reconocimiento de una sociedad heterogénea, como democratización del poder público y como expresión ciudadana no mediada por la institucionalidad estatal (Macedo Rizo, 2010, pp. 150-155). No obstante, dada la vaguedad y carácter abierto de las constituciones, así como el poco desarrollo de los contenidos participativos del texto supremo, se tratarán derechos y formas que son objetos de desarrollo legal (Rubio, 2021, pp. 49- 51). Esto ha sido una contradicción del constituyente colombiano gracias a la cual se ha generado una fuerte tensión entre democracia representativa y participativa, o poder constituido, y poder constituyente, que intenta superar el modelo de constitucionalización testimonial de la participación ciudadana. No obstante, dichos intentos han sido inconclusos en palabras de Rubio (2021):

Lo supera e institucionaliza la convivencia pacífica y sistemática entre democracia representativa y democracia participativa, así como entre soberanía nacional y soberanía popular, dando una respuesta equilibrada a uno de los problemas más acuciantes de la democracia actual. Los intentos de presentar su modelo democrático como el de la superación de la democracia representativa, otorgando superioridad a los instrumentos participativos frente a los representativos, en nuestra opinión, no se encuentran claramente reflejados en el modelo integral establecido en la Constitución colombiana, aunque hayan sido desarrollados en profundidad en otras constituciones posteriores del nuevo constitucionalismo latinoamericano. (p. 61)

Estas tensiones terminarán afectando la ontología propia del poder constituyente en razón del vaciamiento de los derechos de participación del pueblo como poder soberano, a causa del recelo y desconfianza de los poderes constituidos respecto a las decisiones del

pueblo, que se basan en el afincamiento al modelo representativo de contenido aristocrático cuyas huellas de anteriores textos constitucionales se rigen por el principio básico de todos los actos de poder: el poder quiere concentrar más poder. De esta manera, a pesar de los avances democráticos que han traído consigo las constituciones del NCL, no han podido limitar y controlar el ejercicio del poder por parte de los órganos constituidos generando desbalances entre los mismos poderes públicos, pero también con el pueblo. Al respecto Martínez Dalmau (2018, p. 151) hará explícita esta dificultad destacando que estas nuevas constituciones no han profundizado en una transformación democrática del Estado que limite al poder.

Consultas populares como articulación de poder constituyente, periferia y justicia ambiental: avances y retrocesos jurisprudenciales

En Colombia con posterioridad a los años 2000 se vivió un *boom* democrático cuya causa fue la protección del medio ambiente frente a posibles actividades minero-extractivistas que amenazaban con la vida de las poblaciones en donde se buscaba desarrollar estos proyectos. La génesis del movimiento democrático fueron las constantes movilizaciones sociales en contra de las políticas minero-extractivistas de los poderes constituidos.

En consecuencia, el pueblo acudió a los mecanismos institucionales de carácter democrático para la defensa del medio ambiente y del territorio, que dio lugar a un fuerte activismo social entre los años 2000 a 2015; su reducción se atribuyó al llamado institucional para que el pueblo definiera democráticamente prohibir o no las actividades mineras. Con ello, entre los años 2013 y 2018 se llevaron a cabo 11 consultas populares basadas en la protección del medio ambiente, que desembocaron en la decisión popular de rechazar la realización de los proyectos mineros (Muñoz & Peña, 2019, p. 29). El pueblo se apropió del texto constitucional su contenido democrático y sus mecanismos de participación para alterar las relaciones ciudadano Estado.

Sin embargo, en el periodo 2013 a 2018 se presentaron 28 solicitudes de iniciativa de consulta popular, pero empezaron a ser limitadas por los poderes constituidos a raíz de la intervención de la justicia y la ausencia de recursos económicos por parte del Estado para su realización (Benavidez Vega, 2021, p. 295).

En este sentido, un primer reconocimiento por parte de la justicia constitucional declara la viabilidad de este mecanismo para la toma de decisiones ambientales mediante la Sentencia T-445 de 2016 de la Corte Constitucional, la cual generó un aumento de las vocaciones democráticas de las comunidades posiblemente afectadas con la actividad extractiva; a raíz de ello se presentaron 7 solicitudes de consulta popular para el año 2017, situación que aumentaría para el año 2018 con más de 54 solicitudes. Más del 85 % de estas consultas fueron presentadas por movimientos colectivos que retoman la lucha social desde la pluralidad y la noción de soberanía popular para la defensa de los derechos colectivos desde las formas democráticas, esto es, mediante escenarios de justicia ambiental diversos a los jurisdiccionales (Benavente, 2015, p. 14).

Con todo, la decisión adoptada por la Corte Constitucional en Sentencia T-445 de 2016 no resulta ser de lejos una providencia *activista* sino, por el contrario, acorde con los principios fundantes del Estado y la visión del pueblo como poder soberano; es compatible también con la interpretación dada por la Corte respecto de la ontología del poder constituyente. No obstante, no deja de ser interesante cómo la decisión articula los elementos de soberanía, descentralización y justicia ambiental, dándose un escenario democrático local para las decisiones de los directamente afectados ante una perturbación al medio ambiente.

En la decisión judicial se hace énfasis en el principio de autonomía territorial que, integrado a las competencias constitucionales que tienen las autoridades municipales de regular los usos del suelo y subsuelo, se atribuyen la facultad que tienen los municipios para prohibir las actividades mineras en sus territorios. De esta forma, la normativa propia de la ordenación del territorio tiene una especial conexión con el desarrollo de las condiciones de vida de las poblaciones, dado que determinan en gran parte las realidades económicas, sociales y ambientales de los territorios (Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2015). La decisión de la Corte Constitucional tendrá dos dimensiones de la ontología del poder constituyente, una estructural y otra sustantiva.

Desde un punto de vista estructural, la descentralización administrativa y política como reacción a las políticas neoliberales yace como referente constitucional que reivindicará la noción de poder constituyente, pero desde una visión más organicista de la Constitución, entregando verdaderas funciones normativas a las autoridades del ámbito más cercano al ciudadano y una visión institucional “desde abajo” que busca una mayor cercanía del Estado a las necesidades de las comunidades que descongestiona las competencias del poder central (Pazmiño Freire, 2009, p. 37). Asimismo, genera una sinergia con ejercicios de justicia ambiental en tanto focaliza las decisiones políticas hacia quienes afecta la decisión tomada desde la centralidad.

Desde un punto de vista sustantivo, la naturaleza participativa de las constituciones del NCL, traducida en la necesidad de permitir a los ciudadanos emitir su voluntad frente a una situación política o económica, obedece a una necesidad de constituir un texto normativo

de carácter popular en contravía de los modelos elitistas fundacionales propios del siglo XIX, que incluya en las decisiones y procesos políticos a aquellos excluidos históricamente (Gargarella, 2018, pp. 115-116; Von Bogdandy, 2015, p. 9), dándose una apertura de la centralidad a la periferia.

En conclusión, encuentra la Corte Constitucional que al tratarse los proyectos mineros de una competencia que tienen los municipios para regular los usos del suelo, serán procedentes las consultas populares para prohibir dichas actividades en el territorio, haciendo necesarios ejercicios de justicia ambiental que otorguen participación al pueblo sobre situaciones que pueden ser perjudiciales a sus intereses (Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 2015). Lo anterior aunado a la estrecha relación negativa que tienen los proyectos mineros frente a la política alimentaria, agrícola y campesina que hacen que el Estado adopte mecanismos de legitimación de las actuaciones estatales. A partir de lo anterior se puede ver cómo la constante interacción entre la dimensión política y jurídica de la Constitución permite el surgimiento de nuevos significados sociales expresando cómo “los movimientos sociales buscan imponer una narrativa en la cultura constitucional para incidir a través de esta en el campo jurídico y que, finalmente, su narrativa sea reconocida como la interpretación auténtica por el sistema legal” (Zara, 2022, p. 99).

De esta forma, se puede observar como, en un inicio, la asunción de los medios de participación democrática obedeció a una necesidad de institucionalizar los constantes movimientos sociales en defensa del medio ambiente que permiten una aprehensión de los derechos de participación por parte del pueblo para la defensa y reinterpretación del texto constitucional, al tener un especial componente de base social que fortalece el activismo en la ciudadanía (Navas Alvear, 2013).

La Corte Constitucional retoma los siguientes argumentos para hacer viable la posibilidad de que el pueblo pueda participar democráticamente en la realización de actividades mineras en sus territorios: (1) la necesidad de contemplar escenarios de justicia ambiental que consulten a los directamente afectados de la ejecución de una actividad corporativa con especial trascendencia en el derecho al medio ambiente sano (Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 2014); (2) el replanteamiento de la noción liberal y clásica de *interés general*, en tanto que el ejercicio participativo del ciudadano afectado con la actividad minera puede romper esa clásica visión (Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 2013).

Con todo, gracias a las constantes tensiones entre el poder constituyente y los poderes constituidos (como la necesidad de que los derechos y mecanismos de participación sean desarrollados por los órganos públicos), se ha dado un desmonte progresivo de las garantías de los derechos, inicialmente mediante el aumento de requisitos de orden legal para la iniciación y trámite de las consultas populares y, posteriormente, bajo el ataque judicial para revertir su mismo precedente constitucional.

De esta forma, la regulación legal de los instrumentos o mecanismos de participación de contenido constitucional, en tanto su estricta juridificación los ha convertido en mecanismos inoperantes en la realidad práctica y contrarios a la ontología del poder constituyente, se trata de ejercicios de participación limitados y controlados excesivamente por los poderes constituidos, lo cual genera un desbalance del modelo de representación sobre el participativo (Fonseca González, 2012, pp. 62-63).

Así las cosas, ante las continuas movilizaciones sociales y movimientos democráticos en defensa del medio ambiente, el poder legislativo, en un primer momento, aumentó los requisitos para la procedencia de las consultas populares mediante Ley 1757 de 2015, incrementando a su vez el censo para la iniciación del trámite. No obstante, como ya se vio, la decisión de la Corte Constitucional incentivó el ejercicio participativo en términos cuantitativos.

Sin embargo, ante la insuficiencia del poder legislativo para limitar los escenarios de participación democrática, los actores económicos y políticos afectados recurrieron a la mundialización de la política, es decir, llevaron a la justicia constitucional temas propios de ser resueltos en la arena de la política y los espacios de democracia directa.

Así las cosas, la Corte Constitucional modificaría su precedente limitando los escenarios de participación democrática abstrayéndose de la aplicación de los principios de soberanía popular y democracia participativa, alterando con ello el sentido mismo de la Constitución y retornando al viejo modelo de soberanía nacional, cuyos focos de argumentación serían

1. La incompetencia de los municipios en asuntos relativos al subsuelo, dado que las decisiones relativas a este pertenecen a la nación.
2. La protección del interés general, dado que dichas decisiones por su trascendencia pertenecen al sector central del poder ejecutivo.
3. Los escenarios de consultas populares impiden una deliberación más amplia con todos los sectores sociales, políticos y económicos. (Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018)

De esta manera, se puede ver cómo el retroceso en el modelo de democracia participativa por parte de la Corte Constitucional resulta ser contrario a los elementos axiológicos que rigen la integración entre soberanía, democracia participativa y justicia ambiental, en tanto retoma elementos de la anterior Constitución política (1886) como lo son: (1) una fuerte centralización de las decisiones políticas y se excluye la periferia y (2) se retorna a una visión de interés general que no consulta modelos de justicia ambiental, lo que impide que se pregunte a las comunidades que se podrían ver afectadas por el desarrollo de la actividad.

De esta forma, los mecanismos de participación democrática como ontología y sustento del poder constituyente han intentado ser limitados por los poderes constituidos; esto ha causado la pérdida de la facultad de control y vigilancia sobre las actuaciones de los poderes

públicos por parte del pueblo, debido a un ánimo extensionista de los órganos constituidos por amplificar su poder, en desmedro del constituyente y su creación constitucional. De alguna manera, habrá que indicar cómo la estructura normativa propia de la Constitución ha generado esos desbalances institucionales, en tanto como Constitución amplia, vaga y de corte *principalista* no ha limitado el ejercicio de interpretación de la Corte Constitucional. Aunado ello a la omisión del tribunal por aplicar los elementos y principios propios del NCL: la ausencia del empleo de criterios metajurídicos como el carácter emancipatorio, complejo, transformador y soberano del pueblo.

La misma Corte Constitucional (Sentencia C-1338 de 2000) ha preceptuado el derecho de participación como derecho fundamental, pero solo desde una dimensión formal. Este derecho carece de condiciones materiales para su ejercicio porque limita la posibilidad a las comunidades para plantear los temas en que se pueden ver afectadas, así como también se desconoce el carácter obligatorio de las decisiones populares tomadas.

Acuerdo de Escazú (AE) como limitación a los poderes constituidos: ¿una aparente contradicción con la visión de poder constituyente?

El AE como tratado internacional inicia su creación en la conferencia de Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible le da aplicación al principio 10 de la declaración de Río, esto es, el tratamiento de los mecanismos de participación de las poblaciones en las cuestiones ambientales que resultan ser de su interés según su territorio. Este principio indica cómo todas las decisiones en materia ambiental deben contar con la participación de la ciudadanía; el Estado debe posibilitar mecanismos que faciliten la participación de los ciudadanos en estos asuntos (Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, principio 10, s.p).

Se resalta cómo la Declaración de Río se convierte en un instrumento para que los Estados parte adquieran nuevos compromisos que desarrollen los principios allí contenidos, es decir, funge como un tratado que entrega directrices para su posterior desarrollo mediante la suscripción de nuevos acuerdos de carácter internacional. Ahora bien, el AE fue adoptado el 4 de marzo de 2018 y establece una amplia gama de instrumentos para brindar acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

Se destaca en la parte inicial del AE la necesidad de protección del medio ambiente ante los profundos desequilibrios económicos, sociales y políticos; se habla del Acuerdo como un verdadero tratado sobre derechos humanos que tiene como principales beneficiarios a los habitantes de los territorios que podrían verse afectados ambientalmente por el accionar del Estado o un particular; en este sentido, retoma la participación activa de las comunidades en las decisiones estatales como el elemento central de la justicia ambiental, pues aquellas pueden afectar sus vidas, así como un especial componente de transición, emancipación y transformación, núcleos que comparte con la ontología del NCL. Así dispone el AE, desde una vocación fuertemente emancipadora, la necesidad de incluir a aquellas poblaciones tradicionalmente excluidas o que han sido insuficientemente representadas (Acuerdo de Escazú, 2018, s.p).

Así mismo, se hace explícita la necesidad de un modelo de desarrollo económico que no puede ser construido a expensas del medio ambiente e ignorando la voluntad del pueblo. Por ello los mecanismos democráticos de participación directa del pueblo se articulan al concepto de desarrollo sostenible, que implica que el pueblo funja como límite de las decisiones estatales en materia ambiental.

El AE tiene un especial componente de descentralización política que articula los procedimientos democráticos para el desarrollo de escenarios de justicia ambiental desde un enfoque no solamente contencioso, sino también democrático. Estos son necesarios en el ámbito nacional, regional, subnacional y local para acercar a la población a las posibles resoluciones de los conflictos que los pueden afectar (Vila, 2021).

De esta forma, el AE establece en su artículo 7º la obligación que tienen los Estados suscritos al instrumento de implementar mecanismos democráticos para la toma de decisiones ambientales previendo: (1) garantías de información que permitan la toma de decisiones informadas (Acuerdo de Escazú, art. 7, num. 4, 6, 8, 17); (2) garantías procedimentales, en tanto establecen ejes rectores para el desarrollo de trámites populares (Acuerdo de Escazú, arts., 5, 9); y (3) garantías sustanciales, dado que establecen obligaciones a cargo del Estado como elementos de inclusión en la toma de las decisiones (Acuerdo de Escazú, art. 7, num. 1, 2, 3, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15).

Como crítica al derecho internacional —que en apariencia resulta ser incompatible con la noción de poder constituyente— se ha indicado que esta gira entorno a cuatro principios: exclusión, homogenización, supremacía y centralización del conocimiento jurídico. Estos principios se olvidan de los saberes locales y periféricos con base en una lógica de superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional (Huiza Pinto, 2021, pp. 10-20), que desconoce al pueblo como poder soberano, como voluntad única de la cual provienen las normas que van a regular sus relaciones sociales.

No obstante, el AE como norma de derecho internacional refuerza la ontología de las constituciones del NCL, entre ellas, la colombiana, buscando la adopción de mecanismos democráticos que desplacen a los poderes constituidos y centren su foco en el pueblo como autoridad soberana. Con ello se constituye como una garantía para los ciudadanos y establece obligaciones de doble vía (positivas y negativas) para el Estado respecto de este tipo de decisiones.

En efecto, el AE contempla verdaderos referentes normativos que garantizan la participación de la ciudadanía en las decisiones ambientales, tratándose de estándares generales que obligan a consultar la voluntad popular en procedimientos de autorización ambiental; además, promueve la interacción de la ciudadanía en los procesos de decisiones referentes al ordenamiento del territorio. De la misma manera se ha indicado cómo los estándares frente a la toma de decisiones contemplan: (1) la posibilidad de presentar observaciones en los procesos de toma de determinaciones de carácter ambiental; (2) la idoneidad de los medios de comunicación de las decisiones ambientales y la evolución del impacto de la decisión; (3) el carácter descentralizado de la forma de participación ciudadana que se ajuste a las condiciones locales que permita realizar una valoración desde el conocimiento periférico; (4) el reconocimiento de las personas en situación de debilidad manifiesta (Guzmán Jiménez & Madrigal Pérez, 2020, p. 38).

Referente a su naturaleza jurídica, el AE como norma del derecho internacional de los Derechos Humanos consolida la idea de un derecho común, pero que necesita ser articulado en las constituciones democráticas conforme la noción de *poder constituyente* como poder soberano (Aguiló Regla, 2012, p. 256). Es así que en el AE el poder constituyente opera como un límite extrasistémico a los poderes públicos, en tanto contempla mecanismos dentro del mismo sistema jurídico para controlar a los poderes constituidos mediante mecanismos contenidos en el mismo texto constitucional (Franco Moreno, 2017, p. 14). Ahora bien, los contenidos del derecho internacional son perfectamente compatibles con los mecanismos de democracia participativa instalados en el texto constitucional de 1991, tratándose el AE de una norma que refuerza el especial componente democrático que ostenta el texto constitucional y amplificando la capacidad del principio de soberanía popular frente a los poderes constituidos.

De esta manera, el AE, como norma de derecho internacional, tiene un espectro amplificador de los derechos constitucionales que rompe las clásicas visiones monista-dualista que interpretan la superioridad de las normas internas sobre las internacionales y viceversa, en tanto la posición más acorde con la protección de los derechos constitucionales resulta ser la teoría integradora que defiende la complementariedad entre el derecho nacional y el internacional (Cabrera Suárez, 2014, pp. 59-60). En este sentido, las normas de derecho internacional se constituyen en preceptos que refuerzan los derechos constitucionales en tanto presentan sendos límites a los poderes públicos (Noguera Fernández, 2010, pp. 130-131) imponiendo en el caso del AE obligaciones positivas para las autoridades ambientales en

las intervenciones que pudiese tener efectos en la naturaleza y el medio ambiente, debiendo los poderes públicos incorporar mecanismos de participación democrática para la toma de decisiones.

En el mismo sentido, el AE limita el ámbito de interpretación de los poderes constituidos para la procedencia de iniciativas populares que prevén procedimientos democráticos en decisiones ambientales, siendo una verdadera obligación para los Estados y un derecho objetivo para los ciudadanos, eliminando cualquier obstáculo jurídico como los evidenciados en Sentencia SU- 095 de 2018 por parte de la Corte Constitucional. De allí que el Acuerdo elimine y supere las estructuras *principalistas* de los derechos en el NCL y con ello se asume una visión reglamentaria de la democracia ambiental que genera obligaciones no susceptibles de interpretación por parte de los jueces.

Por ello, pese a que autores como Dworkin (1986/2012) señalan que son los jueces quienes mejor protegen los derechos, en el caso colombiano, a propósito de la participación de las comunidades en escenarios de justicia ambiental, termina siendo la democracia quien protege la democracia, esto es, el Congreso de la República es quien mediante la ratificación del AE reforzaría la necesidad de que las comunidades sean quienes tomen las decisiones ambientales en sus territorios, zanjando el déficit democrático imperante a través de los fallos judiciales de la Corte Constitucional. Con todo, el AE representa una visión alternativa a la cultura jurídica imperante que pregona por la estricta *judicialización* para la protección de los derechos y, por el contrario, la duda interpretativa frente a la procedencia o no de mecanismos de participación para la protección del medio ambiente es solucionada por el legislador como órgano con mayor rango de legitimidad democrática (Ferrajoli, 2011, p. 25).

Además, la adopción del AE implica indudablemente una restricción a las decisiones judiciales como un amplio espectro político como lo han sido la procedencia de las consultas populares para la prohibición de la minería en Colombia, de allí que la adopción de mayores mecanismos de participación tienen una doble connotación desde la noción de poder constituyente: (1) limitar la capacidad restrictiva democráticamente de la Corte Constitucional cuando interpreta la Constitución; (2) concilia la justicia constitucional con el pueblo como poder soberano. En todo caso, no cabe duda de que, como indica Waldron (2018, p. 21), dentro de los estándares democráticos siempre serán más democráticos los procedimientos de naturaleza popular que aquellos que son efectuados por los poderes públicos.

No cabe duda de que los escenarios democráticos defienden mejor los intereses de la sociedad, en tanto se hace necesaria la no limitación de los espacios de participación frente a los problemas, sino la apertura del cerco para la toma de decisiones populares como concreción del principio de soberanía popular (Navas Alvear, 2013, p. 190).

Pese a que se pudiesen generar dificultades en la forma como se incorpora al ordenamiento jurídico y su jerarquización interna (Yañez & Mila, 2022, p. 160), es evidente y claro que con la ratificación del AE por parte del Congreso de la República se dará su incorporación al bloque de constitucionalidad como texto de la misma Constitución que tendrá fuerza normativa por sí mismo, pero que, además, sirve de referente para las demás normas del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001). Con todo, ante las diferencias interpretativas en el seno del tribunal constitucional, ha sido el órgano de mayor legitimidad democrática el encargado de fungir como verdadero intérprete de la Constitución para la defensa de la democracia participativa, adoptando el AE como precepto normativo que impone obligaciones a las autoridades públicas.

Conclusiones

El NCL como teoría de la Constitución busca reivindicar el papel del pueblo como único poder constituyente y soberano, alterando la visión de democracia representativa propia de las constituciones fundacionales a modelos de democracia participativa que buscan legitimar la acción de los poderes públicos mediante la participación efectiva del pueblo en la toma de decisiones propias del Estado; con ello se habla de modelos constitucionales que buscan romper las clásicas tensiones entre constitucionalismo y democracia. No obstante, han sido los mismos tribunales constitucionales los encargados de cerrar los espacios democráticos de la ciudadanía y han usurpado el papel de poder constituyente al pueblo mediante decisiones ilegítimas que no consultan el carácter democrático del texto constitucional.

En el caso colombiano se tiene como referente lo relativo al mecanismo de participación ciudadana de consulta popular para la protección del medio ambiente ante los efectos adversos de la minería, donde el pueblo en un primer momento a través de la protesta confrontó a los poderes públicos en defensa de un medio ambiente sano y, con posterioridad, institucionalizó su lucha para que desde los cánones democráticos se tomaran decisiones ambientales con un especial componente territorial de naturaleza descentralizada. Al respecto la Corte Constitucional adoptó dos posturas ampliamente contradictorias; en primer momento, avaló las consultas populares como medio de defensa del medio ambiente dejando en manos del juego democrático de las poblaciones que podrían verse afectadas por las intervenciones mineras, la prohibición o no de este tipo de actividades, teniendo además, como fundamento, la atribución constitucional y legal de competencias a las entidades territoriales para regular los usos del suelo; y en segunda medida, la prohibición de adelantar consultas populares para la defensa del medio ambiente, dado que este tipo de decisiones le competen al sector central del poder ejecutivo y una interpretación diferente se constituirá como un cambio a la misma Constitución.

Ante la regresividad de la decisión judicial, el derecho internacional como mecanismo de defensa de los derechos constitucionales y limitación de los poderes constituidos exige a través del AE verdaderas obligaciones de participación de las comunidades para la toma de decisiones ambientales, texto que sería acogido por el Congreso de la República recientemente, evidenciándose dos ideas: (1) la protección de la democracia participativa desde el órgano democrático por excelencia, desvirtuando la idea de que son los jueces quienes protegen los derechos de los ciudadanos de las mayorías; (2) el especial enfoque territorial que conllevan los ejercicios de democracia participativa y justicia ambiental, donde la descentralización juega un especial papel en la toma de decisiones ambientales. Con todo, el retroceso interpretativo de la Corte Constitucional es revertido mediante la defensa de la participación ciudadana en los ejercicios de justicia ambiental por parte del poder legislativo, reivindicando su función como órgano máximo de representación popular que atiende a la ontología del texto constitucional, ello es, la visión del pueblo como único poder soberano.

Referencias

- Aguiló Regla, J. (2012). Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 235- 258. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11>
- Alterio, A. M. (2021). *Entre el neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Tirant Lo Blanch.
- Asamblea de delegatarios. (1886). *Constitución Política de Colombia*.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Bassa, J. (2008). Notas para una teoría democrática del poder constituyente. *Nomos*, 41- 70. <http://sitios.uvm.cl/derechosfundamentales/revista/01.041-070.Bassa.pdf>
- Benavente, S. (2015). *El derecho de acceso a la justicia ambiental*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Benavidez Vega, C. A. (2021). ¿Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia. *Estudios de derecho*, 78(172), 281–312. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n172a11>
- Cabrera Suárez, L. A. (2014). El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia. *DIXI*, 16(19), 53–70. <https://doi.org/10.16925/di.v16i19.732>

- Chávez Cervantes, J. de J. (2021). *La tensión democrática en el constitucionalismo moderno* [Disertación doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. e-Archivo de la Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/32302>
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-1338 del 4 de octubre de 2000*. M.P. *Cristina Pardo Schlensinger*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001*. M.P. *Rodrigo Escobar Gil*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-135 del 13 de marzo de 2013*. M.P. *Jorge Iván Palacio Palacio*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-294 del 22 de mayo de 2014*. M.P. *María Victoria Calle Correa*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-445 del 1 de agosto de 2016*. M.P. *Jorge Iván Palacio Palacio*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia SU-095 del 11 de octubre de 2018*. M.P. *Cristina Pardo Schlesinger*.
- Cortés González, J., & Álvarez Cisneros, S. del C. (2017). *Manual de redacción de tesis jurídicas*. Amate.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (C. Ferrari, Trad.). Gedisa. (Obra original publicada en 1986).
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337–343.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15- 33. <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo->
- Fonseca González, J. G. (2012). La democracia participativa en Colombia: ¿falacia o realidad? *Derecho y Realidad*, 10(19), 53–64. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4873

- Franco Moreno, D. F. (2017). *Límites a la interpretación constitucional derivados del concepto de poder constituyente. Estudio de la jurisprudencia constitucional colombiana* [Tesis de maestría, Universidad de la Sabana]. Repositorio digital institucional Universidad de la Sabana.
- Gargarella, R. (2018). Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109–129. <https://doi.org/10.26851/rucp.27.5>
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del “coto vedado”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (6), 209–213. <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.12>
- Guzmán Jiménez, L. F., & Madrigal Pérez, M. (2020). El Acuerdo de Escazú como herramienta para la promoción de la democracia y la protección ambiental en Colombia. En M. del P. García Pachón (Ed.), *Información, participación y justicia ambiental. Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental* (pp. 26- 53). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Huiza Pinto, S. P. (2021). Una mirada crítica del control de convencionalidad desde el pensamiento de Michel Foucault. *Revista Jurídica Derecho*, 10(15), 1–34.
- Kalivas, A. (2005). “Soberanía popular, democracia y poder constituyente”. *Política y Gobierno*, 12(1), 91- 124.
- Macedo Rizo, M. (2010). La participación ciudadana en la Constitución del 91. *Cultura y derecho*, (30), 129–160.
- Martínez Dalmau, R. (2014). El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática. En R. Martínez Dalmau (Ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente* (pp. 67–119). Tirant Lo Blanc.
- Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano? *Cultura latinoamericana. Revista de Estudios Interculturales*, 28(2), 138–164. <https://doi.org/10.14718/CulturaLatinoam.2018.28.2.7>
- Méndez López, J. A., & Cutié Mustelier, D. (2010). La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (25), 94–115.
- Muñoz, M., & Peña, J. (2019). *Estudio de caso: Auge y decadencia de las consultas populares como mecanismo de participación y refrendación de la voz ciudadana en el sector extractivo en Colombia*. Fundación Foro Nacional por Colombia.

- Navas Alvear, M. (2013). La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho. *Jurídicas. Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales*, 10(2), 181–208.
- Navas Alvear, M. (2016). La base fundacional en la Constitución: propuestas para comprender el Estado Constitucional ecuatoriano. En M. Navas & P. Muñoz (Eds.), *Nueve años de desarrollo constitucional* (pp. 17–29). Asamblea Nacional República del Ecuador.
- Noguera Fernández, A. (2010). La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos y la justiciabilidad de los derechos sociales. Nexos e interrelaciones en las últimas constituciones latinoamericanas. *Revista del Ministerio del Trabajo e inmigración*, (87), 121–142.
- Noguera Fernández, A. (2011). El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional? *Revista Vasca de Administración Pública*, (90), 167–196. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.90.2011.05>
- Noguera Fernández, A. (2012). ¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo. *Oñati Socio-Legal Series*, 1(2), 1–27.
- Organización de Estados Americanos. (22 de abril de 2021). *Acuerdo de Escazú. Por medio del cual se expide el Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*.
- Organización de Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo.
- Pazmiño Freire, P. (2009). Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fradique Furio Ceriol*, (67/68), 27–54.
- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. R. González Pérez & D. Valadés (Coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 345– 387). Universidad Autónoma de México.
- Sosa Sacio, J. M. (2012). ¿Qué es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. *Gaceta Constitucional*, (52), 301– 308.
- Rubio, R. (2021). La participación en la Constitución colombiana: una Constitución participativa pionera. *Revista Derecho del Estado*, (50), 43–76. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.03>

- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2005). El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ágora: Revista de Ciencias Sociales*, (13), 55–68.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (25), 7–29.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, (9), 1–24.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2014). La constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *El otro derecho*, (48), 63–84.
- Vila, I. (2021). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (3ra Ed.). Universidad libre de Colombia. <https://doi.org/10.18041/978-958-5578-65-4>
- Villabella, C. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (25), 49–76.
- Von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, (34), 3–50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>
- Waldron, J. (2018). El control de constitucionalidad y la legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7–28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>
- Yañez, K., & Mila, Frank. (2020). Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Foro Revista de Derecho*, (35) 145- 167. <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.8>
- Zara, N. (2022). El pedestal y la jaula: movilización feminista por la igualdad y la disputa por los significados constitucionales en los Estados Unidos de América en las décadas de 1960 y 1970. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (88), 97–122. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202201.004>

A (IN)COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELAS CORTES BRASILEIRAS¹

Fernanda Mallmann*, Haide Maria Hupffer**, André Rafael Weyermüller***

Introdução

Com a evolução da ciência e da tecnologia, o ser humano se deparou com a amarga descoberta de que tem gerado um nível de desenvolvimento econômico que impacta o ambiente natural e a vida humana. A pós-modernidade é permeada pela incerteza, mesmo que esta imprecisão seja a motivação para as atividades humanas. As ideias de felicidade, ainda que hipoteticamente implícitas, passam pela necessidade de se libertar da incerteza. Por outro lado, o desenvolvimento crescente da tecnociência e a degradação ambiental, rompem com qualquer expectativa de certeza; primeiro porque se desconhece o potencial de dano de um produto ou de uma atividade e, em segundo lugar, porque não há acordo sobre sua intensidade.

Nesse cenário, em que a certeza foi substituída pela dúvida em relação ao potencial de irreversibilidade, invisibilidade e transtemporalidade dos riscos tecnocientífico, o sistema do Direito é demandado para tomar decisões. Por seu turno, ao tomar uma decisão, este

¹ Este trabalho é o resultado da pesquisa realizada pelos autores no âmbito do Projeto “Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: limites e responsabilidade pelos riscos ambientais” com apoio financeiro da Universidade Feevale e desenvolvido no contexto do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental da Universidade Feevale no período de 2019/2021. O Projeto está vinculado ao Grupo de Pesquisa CNPq/Feevale “Direito e Desenvolvimento” e Linha de Pesquisa “Direito Ambiental e Desenvolvimento”.

* Doutora em qualidade ambiental pela Universidade Feevale. Professora colaboradora do Mestrado em Ciências Ambientais da UNISUL–Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogada do Mallmann Ribeiro Assessoria e Consultoria Jurídica, atuando principalmente com direito civil e direito ambiental, nos temas de sustentabilidade, responsabilidade civil e ambiental. É sócia fundadora do @praticojuridico. E-mail: fernandamallmann2@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7601306304456355>.

** Pós-Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito (Unisinos). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento (CNPq/Feevale). Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale. Coordenadora Substituta do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental. Líder do Projeto de Pesquisa “Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e responsabilização pelo risco ambiental”. Integrante de la Red de Derecho de América Latina y el Caribe – REDALC. E-mail: haide@feevale.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4965-9258>.

*** Pós-Doutor em Direito pela PUC-RIO. Pós-doutor em Direito pela URI-Santo Ângelo. Pós-doutorando em Direito pela UCS-Caxias do Sul. Doutor em Direito pela Unisinos. Professor e Pesquisador no Programa de Pós-Graduação Qualidade Ambiental, Mestrado em Indústria Criativa da Universidade Feevale. Docente permanente no mestrado profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Professor na graduação em Direito da Feevale e da Unisinos. E-mail: andrerw@feevale.br. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-5714-6906>.

sistema também assume algum tipo de risco maior ou menor grau. Portanto, há o *risco da decisão* e o *risco da incerteza* em relação a danos futuros da ação humana, em relação ao meio ambiente e à saúde.

Este capítulo tem sua origem na pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto “Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: limites e responsabilidade pelos riscos ambientais”, que analisa a questão da aplicação do princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente, no contexto da sociedade de risco.

A principal questão que se pretenderá responder é se os elementos que compõem o princípio da precaução (risco de dano e incerteza científica) são efetivamente utilizados nas decisões dos Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), quando utilizam o princípio da precaução como argumento de autoridade.

A pesquisa caracteriza-se por ser exploratória-descritiva com abordagem qualitativa e quantitativa. O estudo está estruturado com apoio no método de análise de conteúdo, a partir das contribuições de Bardin (2011). Tendo como objetivo principal a compreensão do princípio da precaução, seus elementos constitutivos e as condições que facilitam ou limitam sua aplicação pelos Tribunais Superiores Brasileiros, foram conjugados instrumentos de pesquisa como a revisão bibliográfica–jurisprudencial e documental–e o estudo de caso, com análise de decisões dos Tribunais Superiores brasileiros.

Ao pautar o estudo pela análise da (in)efetividade do princípio da precaução na resolução de demandas ambientais no Brasil, objetiva-se examinar os argumentos que as Cortes Superiores têm utilizado para ampararem decisões ambientais calcadas no princípio da precaução, bem como examinar se os elementos que compõem o princípio da precaução (incerteza científica e risco de dano) estão explícitos nas decisões emanadas pelas cortes superiores brasileiras.

Metodologia

Inicialmente a análise seguiu um caminho dedutivo, partindo da diferenciação entre o princípio da prevenção e o da precaução; o princípio da precaução nas convenções internacionais e na legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, sua interpretação e utilização pelos tribunais brasileiros. A etapa da análise das decisões judiciais apoiou-se na metodologia de análise de conteúdo desenvolvido por Bardin (2011), como metodologia de investigação, baseada na inferência e na desocultação da mensagem (decisão judicial).

O ponto de partida são os julgamentos que adotam, em sua fundamentação (consideradas como as razões de decidir), as expressões “meio ambiente e princípio da precaução”, buscando revelar a concepção político-socioambiental da jurisprudência construída nos Tribunais Superiores e nos Tribunais Regionais Federais. Foi escolhido o período de 2011 a 2021, por se acreditar ser este, suficiente para indicar tendências quanto à aplicação do princípio, e por trazer, ao mesmo tempo, atualidade, na discussão e abordagem do tema. O recorte institucional escolhido para a realização da pesquisa levou em conta, como critério, a pluralidade de decisores (Desembargados dos Tribunais Regionais Federais, Ministros do STJ e do STF) e a hierarquia funcional (órgãos de diferentes hierarquias–Tribunais Regionais Federais, STJ e STF).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal, enquanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a corte responsável por garantir a uniformidade e a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Por sua vez, a segunda instância da justiça federal brasileira é de responsabilidade dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), que foram instituídos pela Constituição Federal de 1988 (arts. 106 e 107), sendo responsáveis por julgar, em grau de recursos, decisões de competência federal. Estes Tribunais estão divididos em cinco regiões a saber: TRF1; TRF2; TRF3; TRF4 e TRF5.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) tem sua sede em Brasília e sua jurisdição abrange o Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. A competência jurisdicional do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) é sobre os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, sendo que sua sede é na cidade do Rio de Janeiro. O Tribunal Federal da 3ª Região (TRF3) congrega os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) está localizado em Porto Alegre e tem a jurisdição dos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Por fim, o Tribunal Regional da 5ª Região tem sua sede em Recife e sua jurisdição abrange os estados do Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, Pernambuco, Alagoas e Sergipe.

Foi realizada uma aproximação com o método de análise de conteúdo desenvolvido por Bardin (2011) em torno de três polos cronológicos: a) pré-análise; b) exploração do material; c) tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação das decisões.

Na fase de pré-análise das decisões sobre o princípio da precaução nas lides ambientais, buscou-se uma classificação geral apontando o número do processo, a data, o tipo de ação, os principais fundamentos para decidir, e se a decisão foi julgada procedente ou improcedente. Em sequência, na fase de exploração do material, realizou-se uma nova leitura aprofundada dos elementos do princípio da precaução (risco de dano e incerteza científica), com o propósito de selecionar frases ou parágrafos que indicam a utilização dos elementos do princípio da precaução. Nesta etapa, objetivando observar os fundamentos da

decisão, foram aplicadas quatro questões a saber: i) utilizou o princípio da precaução? ii) seria correto utilizar o princípio da prevenção pelo tribunal, ou foram utilizados os dois? iii) utilizaram os dois princípios, mas baseiam-se primordialmente no princípio da precaução? iv) utilizaram os dois elementos da precaução (risco de dano e incerteza científica)? Para organizar as respostas, foi realizado um “quadro resumo” que permitiu avançar na pesquisa e mostrar, de forma simplificada, possibilidades de comparações.

Por fim, na fase de Tratamento dos Dados e Interpretação das Decisões, foi realizada à análise do conteúdo de cada decisão judicial escolhida em relação à natureza da ação e ao teor das decisões, o que remete a uma breve avaliação do posicionamento dos Tribunais pesquisados sobre a utilização ou não dos elementos constitutivos à aplicação do princípio da precaução.

Na análise quantitativa foram realizadas operações de matemática simples que permitiram “estabelecer quadros de resultados, diagramas, figuras e modelos, os quais condensam e põe em relevo as informações fornecidas pela análise” (Bardin, 2011, p. 131). É importante ressaltar que os resultados não foram submetidos a provas estatísticas e testes de validação. A análise quantitativa foi utilizada como apoio para que os dados apresentados sejam “significativos e fiéis”, para então, posteriormente, “propor inferências e adiantar interpretações a propósitos dos objetivos previstos” (Bardin, 2011, p. 131). A análise quantitativa “sustenta o princípio de enumeração por frequência, quando a regra válida é a contagem dos referentes textuais” (Bardin, 2011, p. 132).

A dificuldade inicial foi selecionar os parâmetros e categorizar as palavras-chaves o mais próximo possível da base teórica desenvolvida na parte inicial da pesquisa e tendo a legislação vigente como parâmetro, pois, cada decisão judicial analisada é diferente e fortemente influenciada pelo sistema econômico, jurídico, ambiental e político no seu tempo. Ou seja, esta escolha não poderia estar descontextualizada do seu ambiente sob pena de resultados desconexos. Portanto, as categorias pinçadas (palavras-chave) das decisões, foram escolhidas por gerarem maior aproximação com o referencial teórico adotado, com a legislação vigente, e com os elementos “risco de dano” e “incerteza científica” do princípio da precaução.

Assim, foram escolhidas, dentro de cada unidade de análise (risco de dano e incerteza científica), palavras-chave utilizadas como “núcleo de sentido” para indicar um dos elementos do princípio da precaução. As palavras-chave para análise foram: a) Risco de dano: dano irreversível ou sério ao meio ambiente; risco de dano irreparável/difícil reparação; ameaça de dano grave e irreversível; risco de dano futuro/gerações futuras; risco potencial; significativo impacto ambiental; b) Incerteza Científica: universo movedição da vítima/incerteza tecnológica; incerteza científica (periculosidade/poluição ambiental); cautela frente à incerteza científica; ausência de certeza científica/informação insuficiente; insuficiência ou

caráter inconclusivo de dados científicos; dúvida científica sobre efeitos; redes de causalidade complexa; suspeita de atividade prejudicial; ausência de prova de não ocorrência de dano; “in dubio pro ambiente”; ausência de estudo de impacto ambiental.

Objetiva-se, na sequência, apresentar o contexto de utilização do princípio da precaução perante a jurisprudência, discutindo os pontos relevantes e contraditórios do princípio. O alcance do princípio da precaução tem grande vinculação às decisões jurisprudenciais. São apresentados dados quantitativos e qualitativos para a apreciação da aplicação do princípio da precaução.

Princípio da precaução e os elementos constitutivos

As discussões sobre a irreversibilidade, transtemporalidade, invisibilidade e transterritorialidade dos riscos ambientais passam a exigir da sociedade medidas antecipatórias e precaucionais severas, amparadas no dever de cautela e de prudência para com as gerações presentes e do porvir. O ordenamento jurídico tem adotado o princípio da precaução quando a informação sobre potenciais riscos e impactos de uma atividade sobre a saúde do ser humano e dos ecossistemas são insuficientes, incertas ou inconclusivas como instrumento operativo de minimização de riscos. Apesar de ter sido internalizado na vida jurídica por meio de tratados internacionais e legislações nacionais há várias décadas, o princípio da precaução é alvo de controvérsias e continua sendo confundido com o princípio da prevenção. De igual modo, não há um conceito universalmente aceito e nem uma aplicação uniforme quando se fala em precaução; tanto em relação aos componentes da estrutura precaucional como em relação a sua natureza, alcance e critérios para a tomada de decisão.

Tavares e Schramm (2015) refletem que é muito comum observar, na jurisprudência, decisões com a aplicação dos princípios da prevenção e precaução de forma ambígua “como se as duas medidas protetivas associadas tivessem a mesma motivação, sem distinção entre dano potencial e dano real” (p. 246). Para os autores, o que diferencia o princípio da prevenção do princípio da precaução é o fato de que a prevenção deve ser invocada quando se está diante de um dano conhecido pela ciência e que pode ocorrer a qualquer momento. Para que não haja consequências danosas de determinadas atividades, ou para minimizar seus efeitos, estratégias preventivas devem ser adotadas de forma antecipada com vistas a evitar, reduzir, mitigar ou eliminar o dano (Tavares & Schramm, 2015, p. 247). Neste sentido, diante da certeza, cabe o princípio da prevenção. Já a concepção de racionalidade presente no princípio da precaução é muito mais profunda do que a inquietação frente ao êxito da técnica e da certeza científica do dano, visto que uma atitude precaucional e de cautela exige atuar antecipadamente para lidar com cenários de incerteza científica em relação aos riscos de uma determinada atividade para o meio ambiente, e antes do fato ocorrer (Tavares &

Schramm, 2015, p. 247). Para isso, o princípio da precaução deve ser invocado, independentemente das respostas serem conclusivas ou parciais sobre a possibilidade de ocorrência de dano, ou se o conhecimento ainda é parcial para relacionar causa e efeito. A precaução é norteadora de uma ação objetiva que indica que não se pode renunciar a tomar uma decisão sob a alegação de que se está diante de uma dúvida científica. Portanto, invocar o princípio da precaução exige lidar com os riscos envolvidos, com a gravidade e a extensão de danos iminentes, e com a natureza da informação utilizada (Tavares & Schramm, 2015, p. 245).

A humanidade sempre decidiu e continuará decidindo em condições de incerteza. A ciência não prova nada definitivamente e com 100 % de certeza. Entretanto, o que coloca o princípio da precaução em evidência na atualidade, na visão de Riechmann (2007), são as condições novas sobre as quais são exigidas decisões.

Em Luhmann (1998) os riscos são entendidos como danos possíveis, mas ainda não “consumados e bastante improváveis, resultantes de uma decisão; quer dizer, danos que podem ser provocados por ela, e não ocorreriam caso outra decisão fosse tomada”² (p. 163). Sobre a diferenciação entre *risco* e *perigo*, Bauman (2000) relaciona que os perigos ocorrem, de certa forma, com mais precisão, e, sendo assim, é possível a adoção de medidas preventivas a fim de evitá-los ou, no mínimo, suportá-los. É isso que os diferencia dos riscos. Diante de riscos, a escolha se dá entre a maior ou a menor nocividade; e não mais entre possíveis resoluções boas ou ruins. Ao começar um novo empreendimento ou produzir nova tecnologia, é possível tentar calcular os riscos, mas não é possível determinar a sua probabilidade. Isso indica que é impossível prever com exatidão o resultado das ações humanas (Bauman, 2000, p. 151).

O princípio da precaução desacomoda os cientistas e os responsáveis por decisões justamente porque questiona as atividades e seus riscos potenciais. Tickner (2002) oferece uma visão de quão complexas podem ser estas questões; entretanto, alerta que elas precisam ser enfrentadas a partir de questões como: “que grau de seguridade oferece o que chamamos de seguro? Que nível de risco é aceitável? Que quantidade de contaminação pode assimilar um ser humano ou um ecossistema, sem apresentar efeitos adversos evidentes?” (Tickner, 2002, p. 1).

Clément e Rosemberg (2008) observam que os instrumentos internacionais utilizam expressões diversas, quando dão voz ao princípio da precaução, como: ideia precaucional, enfoque precaucional, medidas de precaução, ação cautelar, critério de precaução, princípio de ação precaucional, princípio da precaução, entre outros. Para os autores, a distinção conceitual nos documentos internacionais representa apenas uma preferência terminológica com significados equivalentes, mas sem relevância jurídica. Por outro lado, das conceitualizações contidas nos diferentes instrumentos internacionais, os autores percebem que o princípio da precaução é concebido em dois níveis profundamente diferenciados de situa-

² Tradução dos autores.

ções: a) “quando se teme que as atividades podem causar danos graves, irreversíveis, catastróficos ao meio ambiente” (o que requer ações para que se alcance a certeza e assim adotar previsões capazes de neutralizar o perigo temido); e b) “quando se supõe que as atividades podem ser perigosas para a conservação e preservação do meio ambiente” (o que irá exigir a “adoção de medidas que permitam reduzir ao mínimo os eventuais efeitos prejudiciais antes e depois de autorizar a atividade)” (Clément & Rosenberg, 2008, pp. 51-52). Observa-se que a definição conceitual do princípio da precaução e sua compreensão, é resultado de uma construção histórica recente, motivada pela busca de um consenso internacional sobre o dever de cautela, para embasar decisões racionais diante de ameaças de danos que podem colocar em risco os ecossistemas e a saúde humana.

O Brasil incorporou o princípio da precaução no ordenamento jurídico ao ratificar e promulgar duas convenções internacionais, a saber: i) a Convenção sobre a Diversidade Biológica que foi promulgada na íntegra pelo Decreto nº 2.519/98 (Brasil, 1998a); e ii) o Decreto nº. 2.652 de 1º de julho de 1998, que promulga no Brasil a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (Brasil, 1998b).

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da precaução não se apresenta de maneira explícita. No entanto, pode-se extrair a ideia desse princípio quando seu texto expõe a proteção à vida humana e aos ecossistemas de eventuais danos. Portanto, o princípio da precaução aparece de forma implícita nos incisos II, IV e V do artigo 225 da CF/88, ao considerar como obrigação do Estado e da sociedade (Brasil, 1988).

Na ordem jurídica infraconstitucional brasileira o princípio está previsto no art. 4º, incisos I e IV da Política Nacional do Meio Ambiente, que se guia pelo dever de cautela, prudência e cuidado com o meio ambiente (Brasil, 1981). Também está previsto na Lei dos Crimes Ambientais–Lei nº. 9.605/98–que tipifica em seu artigo 54, § 3, como crime a conduta, a não-adoção de medidas de precaução quando diante de risco de dano ambiental grave e irreversível, sempre que forem exigidas ações precaucionais pela autoridade competente (Brasil, 1998c). O art. 25º do Decreto nº. 4.297/2002 determina a observância da precaução em relação ao zoneamento ecológico-econômico (Brasil, 2002). Encontra-se, ainda, de forma explícita na Lei de Biossegurança, Lei nº. 11.105/2005, em seu artigo 1º, que deixa claro, por exemplo, que para atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), tanto a vida, a saúde humana, quanto a fauna e a flora, devem ser priorizadas como o princípio da precaução (Brasil, 2005). Por fim, também se observa a inserção expressa do princípio da precaução no § único do art. 6º da Lei nº. 11.428/2006 nominada Lei da Mata Atlântica (2006), e no *caput* do art. 3º da Lei nº. 12.187/2009, conhecida como Lei sobre Mudança do Clima (Brasil, 2009).

Observa-se, no Brasil, que, tanto a Constituição Federal como as normativas infraconstitucionais, adotaram, conforme tendência internacional, o princípio da precaução como mecanismo privilegiado de proteção ambiental onde seu significado está sedimentado na

ideia de que devem ser adotadas ações ante a ameaça de danos considerados suficientemente sérios aos ecossistemas e à saúde humana; bem como o dever de atuar para diminuir riscos antes de se ter indícios perceptíveis de danos e das consequências serem sérias ou irremediáveis.

A ideia da precaução está diretamente conectada à dúvida e à incerteza, buscando afastar os riscos e os perigos que possam causar danos ambientais irremediáveis. O princípio da precaução pressupõe cinco virtudes específicas como observa Riechmann (2000): i) responsabilidade, ii) respeito, iii) prevenção, iv) obrigação de saber e informar, e v) obrigação de compartilhar o poder (pp. 168-169).

Os elementos principais que compõem o princípio da precaução são assim resumidos por Clément et al. (2008): i) possibilidade razoável de existência de dano; ii) incerteza científica sobre a existência do risco, e; iii) necessidade de agir contra as duas situações anteriores (ação preventiva/ cautelar). O primeiro elemento que compõe o princípio da precaução é a “possibilidade razoável de existência de dano”, que, para os autores, pode ser um dano sensível, significativo, apreciável, tangível; ou um dano grave, irreversível, substantivo ou catastrófico (p. 54).

O dano ambiental, no caso de risco incerto, tem como características as seguintes: i) afetar bens comuns da sociedade; ii) a manifestação tardia e cumulativamente (não é descoberto de imediato); iii) ocasionar efeitos diferentes dos esperados – provavelmente mais graves; iv) ter efeitos transnacionais diretos ou indiretos; v) a impossibilidade de comprovar cientificamente, e sem nenhuma dúvida, a relação entre causa eficiente e consequência; e vi) a impossibilidade ou a dificuldade do dano ser restabelecido de forma integral (Clement et al., 2008, p. 58). As medidas de precaução a serem adotadas, podem variar de acordo com a previsão de dano: se dano sensível, significativo, considerável, lesões materiais; ou que podem causar danos graves irreversíveis ou danos catastróficos.

Um elemento importante, é a “incerteza sobre a existência do risco” que pode decorrer da ignorância, da incerteza, e pelas limitações da investigação científica. É necessário, ainda, referir que “a falta de certeza científica pode se referir tanto à possibilidade de danos na relação de causa e efeito, entre o fator de risco e o dano potencial, ou ao grau de gravidade ou irreversibilidade” (Medina & Espejo, 2003, pp. 248-249). A incerteza sobre os riscos pode, ainda, ter origem científica – complexidade dos sistemas e o desconhecimento dos efeitos sobre os mesmos em uma entrada ou saída anormal – exemplar – cujas variáveis são selecionadas em um sistema complexo para determinar as relações de causa e efeito – ou fundamental – complexidade de um sistema único no qual os modelos de análise conhecidos não podem ser aplicados como, por exemplo, o comportamento da camada de ozônio (Clement et al., 2008, p. 60).

Outro elemento importante é a “ação cautelar” que consiste na gestão de risco ou de proibição total de exercer a atividade, até que se supere a incerteza. Trata-se de uma intervenção realizada antes que o dano ocorra, a fim de se evitá-lo ou diminuí-lo. Referida ação, leva em conta todas as consequências, sejam elas positivas ou negativas, e avalia as implicações tanto da ação, como da omissão. A ação cautelar basicamente proíbe uma atividade ou, em caso de autorização, faz o gerenciamento do risco e, na sequência, sua avaliação; bem como é integrado por medidas legislativas ou regulamentos relativos a um risco considerado aceitável. Ambas as medidas, tanto a proibitiva quanto a limitativa, devem corresponder ao interesse público (Clement et al., 2008, pp. 65-66).

Estabelecer determinadas condições e pressupostos democráticos nos processos de participação na gestão dos riscos, visa permitir, a um só tempo, o acesso e o conhecimento das informações do risco, isto é, possibilita conhecer a existência do risco, identificá-lo, localizá-lo e delimitar sua extensão e limites para, então, proporcionar elementos funcionais ao processo de decisão sobre este; decidir se é possível suportá-lo ou aceitá-lo, até que ponto é aceitável, e sob quais condições poderia eventualmente ser suportado (Leite & Ayala, 2019, pp. 387-389).

Por sua vez, a Declaração de Wingspread de 1998, consagrou o princípio da precaução, alicerçando-o em torno de quatro elementos, a saber: i) a adoção de medidas de precaução frente às incertezas científicas; ii) o dever de serem exploradas ações e alternativas que não sejam prejudiciais aos ecossistemas e ao ser humano; iii) que o ônus da prova é do proponente da atividade e não da coletividade e das potenciais vítimas; e iv) que na adesão e observação do princípio da precaução deve ser privilegiado o processo democrático e o consentimento informado com a participação da sociedade e do poder público (Declaração de Wingspread, 1998).

Decisões tomadas a partir do emprego do princípio da precaução se tornam mais cautelosas pois a dúvida apresentada pela incerteza científica deve ser levada em conta, em prol da proteção ambiental. A antecipação ao risco ambiental é importante para que sejam estabelecidas quais as dúvidas e as informações são consideradas relevantes, não havendo a necessidade de definições exatas, com dados definitivos, para que se possam exigir medidas baseadas na precaução e na responsabilidade.

O princípio da precaução nos tribunais superiores: análise quantitativa

Para esta tarefa analítica o foco foi dirigido aos atores (Desembargadores e Ministros) dos Tribunais, em torno da utilização do princípio da precaução e da prevenção, em decisões ambientais proferidas no período de 2011-2021. Destarte, para iniciar a análise dos dados quantitativos, traz-se, na sequência o resultado dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRF1; TRF2; TRF3; TRF4 e TRF5), e também do STJ e STF, através de tabelas, tendo como período de referência os anos de 2011 a 2021. A Tabela 1 traz a sistematização do número total de processos referente à matéria geral sobre o tema “meio ambiente” na ementa.

Tabela 1. Número de Ações com a inserção da expressão meio ambiente – 2011-2021

| | Nº de ações com a inserção de meio ambiente |
|------|---|
| TRF1 | 4.305 |
| TRF2 | 4.624 |
| TRF3 | 5.192 |
| TRF4 | 4.474 |
| TRF5 | 3.658 |
| STJ | 1.983 |
| STF | 1.594 |

Pela Tabela 1, pode-se observar que os Tribunais Regionais Federais despontam em números de decisões que envolvem a expressão “meio ambiente”, visto que simbolizam a Segunda Instância da Justiça Federal, criados com o objetivo de descentralizar e regionalizar a justiça federal, tendo como responsabilidade processos e julgamentos de recursos contra as decisões da Primeira Instância. Destaca-se, positivamente, no âmbito ambiental, o grande volume de decisões no período de 2011-2021 do Supremo Tribunal Federal, que atua como guardião da Constituição ao assumir o meio ambiente como um direito fundamental e especial obrigação do Estado e da sociedade de protegê-lo e o preservá-lo em prol das gerações presentes e futuras, que emana do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Como segundo momento da pesquisa, após a busca de decisões que remetem ao meio ambiente, escolheu-se como palavra-chave o *princípio da precaução*, exatamente por ser este o objetivo da pesquisa: buscar analisar e definir como os Tribunais vêm decidindo quanto ao emprego do princípio da precaução em demandas ambientais. Justifica-se, ainda, que a escolha em trabalhar com esse princípio, entre tantos outros definidos como norteadores do Direito Ambiental, se dá por considerar-se o princípio da precaução “a mais recente aquisição principiológica do Direito do Ambiente” (Gomes, 2000, p. 28).

Na Tabela 2 realizou-se um comparativo, apresentando o número de decisões que utilizam o princípio da precaução independentemente de ser uma demanda ambiental, e quantas sobram com o refinamento da pesquisa, ou seja, utilizando a expressão “meio ambiente” + “princípio da precaução”. Registra-se que os dados abaixo são resultados da leitura dos acórdãos na totalidade, para identificar quais tratavam de matéria ambiental.

Tabela 2. *Número de decisões que utilizam o princípio da precaução em ações gerais e em ações sobre o meio ambiente – 2011-2021*

| | Nº de decisões que utilizam o princípio da precaução (1ª pesquisa) | Nº de decisões que utilizam o princípio da precaução (refinamento – ações ambientais) |
|------|--|---|
| TRF1 | 345 | 319 |
| TRF2 | 429 | 102 |
| TRF3 | 60 | 45 |
| TRF4 | 242 | 78 |
| TRF5 | 259 | 202 |
| STJ | 322 | 283 |
| STF | 88 | 77 |

Pela importância que tanto o princípio da precaução quanto o princípio da prevenção apresentam como fundamento de decidir nos Tribunais brasileiros e, ainda, pela equivalência conceitual que se encontra por parte dos julgadores, quando descrevem conceitualmente esses dois princípios, foi elaborada a Tabela 3. O objetivo desta tabela é demonstrar quando os mesmos são citados pelos Tribunais e, desta forma, poder identificar se o utilizam de forma distinta ou similar.

Tabela 3. *Comparativo de decisões ambientais com o Princípio da Prevenção e com o Princípio da Precaução nas razões de decidir – 2011-2021*

| | Nº de ações com o Princípio da Precaução | Nº de ações com o Princípio da Prevenção |
|------|--|--|
| TRF1 | 319 | 61 |
| TRF2 | 102 | 26 |
| TRF3 | 45 | 32 |
| TRF4 | 78 | 20 |
| TRF5 | 202 | 37 |
| STJ | 283 | 125 |
| STF | 77 | 72 |

Na Tabela 3 indica-se, primeiramente, o número de decisões do princípio da precaução e, posteriormente, o número de decisões com o princípio da prevenção em decisões que envolvem questões ambientais. O que sobressai é a pequena diferença entre o número de decisões julgadas pelo STF (entre procedentes e improcedentes) com fundamento nos princípios da precaução e da prevenção visto que ele representa a mais alta corte brasileira, responsável pela uniformização da jurisprudência e com competência de corte constitu-

cional e de tribunal recursal. Na análise das 77 decisões que utilizam como argumento o princípio da precaução, 72 também utilizam o princípio da prevenção. Importante retomar o registro da pesquisa com o termo “meio ambiente” em que foram encontradas 1.594 decisões julgadas pela Corte Superior. No STJ observa-se que das 283 ações ambientais que utilizam o princípio da precaução nas razões de decidir, apenas 125 utilizam concomitantemente o princípio da prevenção.

Em muitos julgados, o princípio da prevenção e da precaução são utilizados como sinônimos e, algumas vezes, também não embasam a convicção legal. , Ou seja, são apenas citados como princípios de direito ambiental na decisão ou relatório, mas não se configuram como peça fundamental para esclarecimento e convencimento da sua posição quanto à lide ambiental.

Claro está que o julgador não poderá formular sua decisão baseado unicamente no princípio da precaução. De igual modo, a falta de certeza científica e o risco de dano não podem ser motivos de desculpa para o julgador tomar decisões para impedir a degradação ambiental e o risco para as gerações presentes e futuras.

Após a apresentação mais quantitativa das decisões dos referidos Tribunais elabora-se, ainda, no próximo subitem, uma análise qualitativa examinada durante a sequência da pesquisa, com a intenção de discutir os resultados encontrados quanto ao emprego do princípio da precaução nos Tribunais, a partir da forma de utilização dos elementos da precaução (risco de dano e incerteza científica) como fundamento de decisão.

Os elementos do princípio da precaução (dano de risco e incerteza científica) nas decisões dos tribunais superiores e tribunais estaduais

A função principal dos tribunais superiores é “padronizar a opinião do Poder Judiciário a respeito de problemas jurídicos controversos, ou seja, de criar e organizar a jurisprudência” (Rodríguez, 2013, p. 61). Ao interpretar, explicitar o preceito jurídico para o caso concreto e aplicar a norma, os tribunais superiores exercem, no Brasil, uma função fundamental para a concretização coerente e alicerçada do direito à sadia qualidade de vida e do meio ambiente equilibrado no contexto da equidade inter/intrageracional; em especial, o de dever de vigilância pela harmonia e equilíbrio do direito federal e constitucional. Exatamente por se estar vivendo em uma sociedade de risco produtora de degradação ambiental, é de suma impor-

tância o entendimento dos tribunais superiores sobre a aplicabilidade correta dos elementos do princípio da precaução, face a complexidade das socioambientais, econômicas, políticas e jurídicas envolvidas.

As palavras-chave extraídas da jurisprudência em análise, de forma alguma têm a pretensão de indicar a necessidade de uma abordagem matematizada. O que se quer mostrar é a possibilidade de observar como os magistrados interpretam cada um dos elementos do princípio da precaução (risco de dano e incerteza científica), objeto do presente estudo, com uma metodologia não utilizada usualmente em pesquisas jurídicas. A Tabela 4 consolida as palavras-chave pesquisadas em torno do elemento *risco de dano* no *princípio da precaução*. Para esta análise, também foram incluídos os 27 Tribunais de Justiça Estaduais, que funcionam em 2º grau de jurisdição no Brasil para julgamento de recursos, sendo que uma das matérias apreciadas em grau de recurso são questões ambientais.

Tabela 4. *Palavras-chave utilizadas para indicar o elemento Risco de Dano do Princípio da Precaução – 2011-2021*

| Conceito de Risco de Dano | Tribunais Estaduais | Tribunais Regionais Federais | STJ | STF | TOTAL |
|---|---------------------|------------------------------|-----|-----|--------------|
| Dano irreversível ou sério ao meio ambiente | 173 | 193 | 12 | 11 | 389 |
| Risco de dano irreparável/difícil reparação | 692 | 236 | 82 | 30 | 1.040 |
| Ameaça de dano grave e irreversível | 154 | 39 | 6 | 9 | 208 |
| Atividade perigosa | 25 | 26 | 52 | 4 | 107 |
| Risco de dano futuro | 112 | 2 | 17 | 2 | 133 |
| Risco potencial | 81 | 185 | 2 | 10 | 278 |
| Significativo impacto ambiental | 53 | 67 | 1 | 4 | 125 |

Os dados obtidos evidenciam que a maioria das palavras-chave utilizadas para indicar o elemento risco de dano do princípio da precaução são similares e representam o que a doutrina conceitua como risco de dano. Resulta claro que, quando utilizado o elemento risco de dano, as palavras-chave mais utilizadas para indicar o elemento risco de dano do princípio da precaução caracterizam o aspecto problemático e complexo da aplicação do princípio do ponto de vista dos julgadores. Na análise detalhada, observou-se que, na mesma decisão, podem estar indicadas várias palavras-chaves como razões de decidir ao longo da ementa, no acórdão e no voto do relator.

As palavras-chave mais utilizadas estão relacionadas com a expressão dano irreversível/irreparável que aparece em 1.429 decisões, o que confirma o alinhamento com a doutrina e a legislação nacional e internacional, mas apenas em relação ao recorte da decisão sobre o elemento risco de dano. Se somadas às palavras-chaves ameaça de dano grave e irreversível, atividade perigosa e risco potencial, chega-se a 553 resultados. A preocupação com as futuras gerações pelo risco de dano futuro é mais utilizada nos Tribunais Estaduais, sendo

expressamente indicada em 112 decisões. Chama a atenção o reduzido número de decisões nos Tribunais Superiores (TRFs, STJ e STF) sobre o risco de dano futuro, o que alerta a repensar se o princípio da equidade intergeracional está sendo compreendido.

A ação cautelar frente ao risco de dano para as gerações presentes e futuras se torna cada vez mais necessária diante da complexidade do mundo contemporâneo e da vulnerabilidade da natureza modificada pelo homem que “apela à soluções complexas” não havendo “motivo para pensar que a ciência do direito deva constituir exceção neste domínio” (Ost, 1997, p. 377). Frente aos constantes descumprimentos dos direitos fundamentais e da ameaça de dano irreversível para as presentes e futuras gerações, é exigido que o potencial risco da atividade seja afastado, ou seja, deve ser adotada uma postura precautória e respeitosa para com a saúde do ser humano e à proteção dos ecossistemas (Reichardt & Santos, p. 267). Neste sentido é solicitato, dos decisores, não postergar medidas que coloquem em risco a biosfera no todo e em suas partes.

Em relação à gestão de riscos, o STF reconheceu, no julgamento Recurso Extraordinário nº. 627189 de repercussão geral, o conteúdo jurídico do princípio da precaução ao argumentar que o “princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos” (Brasil, 2016, p. 2).

Na sequência, analisou-se quantidade e tipo de ações que utilizaram, nas suas razões de decidir, os dois elementos da precaução, o risco de dano e a incerteza científica. Na classificação por tipos de ações é possível perceber que o elemento “risco de dano” é utilizado em várias decisões que, num primeiro olhar, configuram o princípio da precaução, ou seja, riscos imprevisíveis, incalculáveis, transtemporais e invisíveis que podem decorrer do transporte de produtos perigosos, da reciclagem de pneus, da emissão de poluentes em recursos hídricos, da utilização de herbicida, da dispensa e simplificação do licenciamento ambiental, da dispersão de produtos químicos por aeronaves para exterminar o mosquito que transmite o vírus da dengue, chikungunya e zikamedidas, e da construção em área de Área de Preservação Permanente (APP), embora esse último possa ser aproximado com o princípio da prevenção. Entretanto, em outros tipos de ações, como a ação de dano ambiental referente a instalação de Estação de Tratamento de Água (ETA)/Rede de Esgoto, auditoria ambiental compulsória, lançamento de dejetos provenientes de suinocultura diretamente no solo, construção de usina hidrelétrica potencialmente causadora de danos ambientais, licenciamento de empreendimentos, e improbidade administrativa com possível degradação ambiental, é possível perceber que os julgadores confundem o princípio da prevenção com o princípio da precaução. Já nos julgamentos sobre emissão de poluentes em recursos hídricos, atividade potencialmente causadora de impacto ambiental e queimada de cana-de-açúcar, os Tribunais estão corretos ao indicarem o elemento da incerteza científica. Para esta análise foi importante ter presente o dizer de Minassa (2018, pp. 178-179) de que a precaução “reside no limiar entre o Direito e a Ciência e estas áreas possuem implicações

diretas e recíprocas quando o assunto é incerteza”. O sistema da Ciência é convocado para também atuar como balizador para indicar o que é dano grave ou irreversível, evitando ficar apenas na especulação. Quando comprovado minimamente por meio de pesquisas e técnicas científicas a existência de risco de dano e o dano grave ou irreversível dos resultados da atividade, “cabe ao Direito a tomada de medidas restritivas à atividade de impacto” (Minassa, 2018, p. 179).

O diagnóstico dos dados permite dizer que o princípio da precaução ainda é utilizado com dificuldade de interpretação e definição conceitual. A Tabela 5 retrata as palavras-chave utilizadas pelos Tribunais para indicar o elemento *incerteza científica*.

Tabela 5. *Palavras-chave utilizadas para indicar o elemento Incerteza Científica do Princípio da Precaução – 2011-2021*

| Conceito Incerteza Científica | Tribunais Estaduais | Tribunais Federais Regionais | STJ | STF | TOTAL |
|--|---------------------|------------------------------|-----|-----|------------|
| Universo movediço vítima/incerteza tecnológica | 95 | 01 | 10 | 0 | 106 |
| Incerteza científica (periculosidade/poluição ambiental) | 137 | 3 | 11 | 30 | 181 |
| Ausência de certeza científica/informação insuficiente | 141 | 14 | 15 | 10 | 180 |
| Insuficiência ou caráter inconclusivo de dados científicos | 8 | 0 | 0 | 0 | 8 |
| Dúvida científica sobre efeitos | 23 | 1 | 0 | 15 | 39 |
| Redes de causalidade complexa | 95 | 1 | 10 | 0 | 106 |
| Ausência de prova de não ocorrência de dano | 1 | 17 | 27 | 5 | 50 |
| “In dubio pro ambiente” | 519 | 5 | 5 | 2 | 531 |

Ao decompor os argumentos utilizados pelos Desembargadores e Ministros em palavras-chave para indicar se o elemento incerteza científica foi utilizado conforme preceitua a doutrina e a legislação nacional e internacional, percebe-se que há coerência com o significado desse elemento. Observa-se, contudo, que o elemento “incerteza científica” não é utilizado em todas as ações que indicam o princípio da precaução nas razões de decidir. Aparece, então, o alerta de que não é possível lançar mão tão-somente do princípio da precaução, descartando os elementos constitutivos do mesmo. É uma mudança paradigmática e o julgador precisa estar atento à sociedade de risco e à complexidade dos riscos e perigos resultantes da ação humana no meio ambiente.

Por sua vez, na maioria das ocasiões em que os julgadores utilizaram o elemento da incerteza científica nas razões de decidir, estas decisões conseguiram transmitir o que entendem por incerteza científica.

A pesquisa também sinalizou que os princípios da prevenção e da precaução têm sido entendidos pela doutrina e pela jurisprudência, ou como princípios conceitualmente iguais, ou distintos tanto em conceitos quanto em aplicabilidade; ou ainda como distintos na concei-

tuação. Observou-se, ainda, que, em inúmeros julgados, o princípio da precaução é utilizado sem estar acompanhado de forma clara de seus elementos constitutivos. Daí a contradição encontrada em julgados, quando o correto seria utilizar o princípio da prevenção.

Ao enfrentar o tema da competência da Justiça Federal em crime ambiental transnacional de tráfico de animais silvestres no Recurso Extraordinário 835558, de repercussão geral, com relatoria do Ministro Luiz Fux, observa-se que o correto seria utilizar o princípio da prevenção e não o da precaução, visto que se trata de “delito ambiental de exportação de animais silvestres” com a fixação da tese de que “compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por Tratados e Convenções internacionais” (Brasil, 2017, p. 4).

Embora apresentem muitos julgados falando de precaução, conforme buscas demonstradas nas tabelas e análise individual de cada decisão prolatada, um número bastante restrito é o que realmente discute a inobservância do princípio. O princípio da precaução aparece muito mais citado do que o da prevenção. No entanto, nas razões de decidir, quando utilizado a precaução, são pouquíssimos julgados que trabalham os elementos risco de dano e incerteza científica.

Em relação às decisões do STJ, os elementos risco de dano e incerteza científica não são muito utilizados quando aplicam o princípio da precaução. O elemento *risco de dano* é trabalhado pelos Ministros seguindo a mesma fundamentação nas decisões, tanto procedentes quanto improcedentes. Observa-se que há preocupação em decidir sobre o risco de se causar um dano relacionado à inversão de ônus da prova, ou seja, em quem é o responsável em demonstrar jurídica e cientificamente que não é causador de dano ou de risco de dano. Na verdade, a discussão aprofundada sobre o conceito do elemento risco para fundamentar a escolha pelo princípio da precaução, não é visualizada nas decisões. Há uma nítida preocupação em descrever o risco da atividade que está em análise jurisdicional. Pode-se afirmar que a avaliação do tipo de risco (concreto ou abstrato) que a atividade apresenta, é que poderia melhor justificar a aplicação do princípio da precaução. Neste sentido, numa das teses firmadas pelo STJ na REsp 1237893/SP com relatoria da Ministra Eliana Calmon encontra-se o entendimento do Tribunal sobre a inversão do ônus da prova, ao dispor que “em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução” (Brasil, 2013, p. 1).

É importante também referenciar que o STJ, pela Constituição de 1988, “é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada”. Vale ainda recordar que o STJ é o tribunal que recebe os recursos provenientes de todos os Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros e é a última

instância da justiça brasileira para demandas/recursos. Entre suas atuações está a de buscar a uniformização sobre interpretações divergentes de um princípio e dispositivo legal. Por isso, o questionamento na análise de decisões com o princípio da precaução.

Ressalta-se que se observou, na análise jurisprudencial, tanto na aplicabilidade do princípio da prevenção como no da precaução, a presença do elemento *risco*, mas sob posições e interpretações diferentes. A fundamentação com o princípio da precaução fica mais atrelada à hipótese de risco considerado potencial. Por tais razões, é necessária uma pré-compreensão do intérprete sobre o conceito do princípio da prevenção e do princípio da precaução para não desvirtuar sua principal função.

Portanto, embora bastante citado e aplicado pelos tribunais analisados, são reduzidos os julgados que utilizam o princípio da precaução que tem como sua função primeira, a de resolver as situações de risco incerto, de incerteza científica quanto a possibilidade de dano ambiental, e por isso, confundem com o princípio da prevenção. Contudo, percebe-se que, ao longo dos últimos anos, há um crescimento e um amadurecimento na fundamentação do princípio da precaução. Em especial, em demandas em que é questionada a flexibilização de normas

Pode-se dizer, por fim, que da análise individualizada de cada decisão prolatada é necessário, para efeitos de aplicabilidade e eficácia jurídica em situações de tutela ambiental, que os julgadores tenham maior conhecimento dos elementos que constituem o princípio da precaução (risco de dano e incerteza científica), para que não utilizarem apenas como citação e, ao final, no momento de decidir, determinem apenas a medida preventiva, relacionada à identificação de danos certos.

Conclusão

O principal objetivo da pesquisa foi o de procurar dimensionar o entendimento dos tribunais na aplicação do princípio da precaução. Se existe realmente distinção conceitual e como realizam suas análises nos casos em relação ao princípio da prevenção. Ou se, de alguma forma, aplicam os dois princípios com o mesmo sentido.

O princípio da precaução pode ser basicamente definido como sendo aquele que exige uma ação antecipada diante de um risco ainda não consumado, sobre o qual pende incerteza científica; mas que pode tornar-se real e irreversível. Ou seja, a precaução antecede a prevenção, pois, enquanto nessa há a certeza científica sobre o potencial lesivo da conduta poluidora, naquela há a dúvida razoável a ensejar a adoção de medidas restritivas ao seu exercício até que se estabeleça a verdade científica sobre a extensão de seus efeitos.

Não obstante, se percebe que os decisores apresentam até mesmo alguma dificuldade em diferenciar o princípio da precaução do da prevenção; especialmente em relação aos pressupostos que levam à sua aplicação. Nota-se, na jurisprudência analisada, que o princípio da precaução é utilizado para fundamentar decisões em diferentes contextos como uma medida que representa uma posição de cuidado e cautela em situações que podem ser materializadas em danos irreversíveis ou irreparáveis. Também foi observado que o princípio da precaução é aplicado para embasar a antecipação de tutela como um compromisso de prudência frente à ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo da atividade, e para exigir estudos científicos específicos a cada caso concreto, entre outras circunstâncias.

Portanto, é relevante registrar que, em vários processos judiciais analisados, visualiza-se que o princípio da precaução é adotado em situações de urgência em relação à grandes agressões ao meio ambiente, tomando-se medidas cautelares e admitindo-se antecipação de tutela, onde os juízes passam a tomar decisões nos processos baseados em probabilidades.

Também é importante registrar que, da análise realizada, observa-se que o princípio da precaução não foi aplicado de forma indiscriminada e sem critério pelos tribunais superiores como um mecanismo para obstaculizar o crescimento econômico. Embora em muitos momentos se tenha observado que o correto seria utilizar o princípio da prevenção, a precaução é entendida pelos tribunais como uma ação para reduzir a extensão, frequência ou incerteza do dano. Merece destaque, também, que o aumento das situações ambientais contemporâneas remete aos Tribunais novos conflitos, diretamente baseados na gestão de riscos ambientais, resultando na necessidade de maior adaptação e aceitação de análises científicas baseadas na incerteza e na necessidade de controlar riscos prováveis.

Além de motivado, o exercício do princípio da precaução deve ser proporcional respeitando, dessa forma, também, o princípio da proporcionalidade. Em nenhuma circunstância, um direito fundamental deve suprimir inteiramente outro em eventual colisão de exercícios, mas deve haver ponderação. Razão, pelo qual, os princípios nunca se eliminam, bem como não há hierarquia entre a aplicação de princípios.

Identifica-se pacífico, por parte dos Tribunais que foram apresentados, o entendimento quanto à inversão do ônus da prova. O potencial poluidor ou o Estado devem demonstrar que adotaram medidas precaucionais concretas e com base na ciência para impedir que a atividade ou conduta resulte em danos ou risco de danos ambientais.

Conscientes de que o princípio da precaução continua a ser doutrinariamente polêmico a nível nacional, o que tem dificultado a sua aplicação pelos tribunais nacionais, sobressai a necessária proposta de Morin (2005, p. 15) de trabalhar com o pensamento complexo, pois ele possibilita “sensibilizar para as enormes carências de nosso pensamento, e compreender que um pensamento mutilador conduz necessariamente a ações mutilantes. É tomar consciência da patologia contemporânea do pensamento”. O Direito, portanto, é desafiado

a (re)pensar a complexidade da realidade dos riscos e perigos ambientes. É neste sentido que é possível dizer que algumas das dificuldades observadas na aplicação do princípio apontam que ainda existe necessidade de reforçar o conhecimento e clarear as definições dos elementos do princípio da precaução: incerteza científica e risco de dano.

Por fim, não é demais lembrar que o princípio da precaução se aplica em todas as áreas em que haja atividades ou produtos suscetíveis de causar riscos graves a valores jurídicos de grande relevância, como os direitos fundamentais, o meio ambiente, a segurança pública, a segurança dos consumidores, a saúde e as novas tecnologias.

Referências

- Bardin, L. (2011). *Análise de conteúdo*. Tradução L. A. Reto e A. Pinheiro. Edições 70.
- Bauman, Z. (2000). *Em busca da Política*. Traduzido por M. Penchel. Jorge Zahar Editor.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado.
- Brasil. (1981). Presidência da República. *Lei n. 6.938 de 31 de 1981*. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6938.htm
- Brasil. (1994). Presidência da República. Decreto Legislativo n. 1 de 1994. https://cetesb.sp.gov.br/biogas/wp-content/uploads/sites/3/2013/12/decreto_legislativo_n1.pdf
- Brasil. (1998a). Presidência da República. *Decreto n. 2.652 de 01 de julho de 1998*. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=2652&ano=1998&ato=163IT-TE50dNpWT810>
- Brasil. (1998b). Presidência da República. *Decreto n. 2.519 de 16 de março de 1998*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm
- Brasil. (1998c). Presidência da República. *Lei n. 9.605 de 12 de fev. de 1998*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm
- Brasil. (2002). Presidência da República. *Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002*. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4297-10-julho-2002-468375-publicacaooriginal-1-pe.html>
- Brasil. (2005). Presidência da República. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm

- Brasil. (2006). Presidência da República. *Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006*. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=645180
- Brasil. (2009). Presidência da República. *Lei n. 12.187 de 29 de dezembro de 2009*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm
- Brasil. (2013). Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1237893 / SP*. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento: 24 set. 2013.
- Brasil. (2016). Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 627189*. Relator Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 08 jun. 2016.
- Brasil. (2017). Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 835558*. Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 08 agosto 2017.
- Clément, Z. D., & Rosenberg, G. (2008). Conceptualización del principio de precaución. En Z. D. Clément (Dir.). *El Principio de precaución Ambiental la Práctica Argentina*. (pp. 13-52). Lerner.
- Clément, Z. D., Juliá, M. S., & Torres, P. (2008). Elementos esenciales del principio de precaución ambiental. En Z. D. Clément (Dir.). *El Principio de Precaución Ambiental la Práctica Argentina*. (pp. 53-71). Lerner.
- Declaração de Wingspread (1998). *The Precautionary Principle*. <http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>
- Gomes, C. A. (2000). *A prevenção à prova no Direito do Ambiente*. Coimbra Editora.
- Leite, J. R. M., & Ayala, P. A. (2019). *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial*. [8. ed. rev. atual. e ampl.]. Forense
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidade: de la unidad a la diferencia*. Traduzido por J. Beriain & J. M. G. Blanco. Editorial Trotta.
- Medina, V. D., & Espejo, D. H. (2003). Riesgo Ambiental y Principio Precautorio: Breve Análisis e Proyecciones a partir de dos casos de estudio. *Revista de Derecho Ambiental*, (1), 243-250.
- Morin, E. (2005). *Introdução ao Pensamento Complexo*. Traduzido por E. Lisboa. Sulina.
- Reichardt, F. V., & dos Santos, M.R.A. (2019). (In)eficácia do Princípio de Precaução no Brasil. *Estudos Avançados*, 33(95), 259-270. <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0>

- Riechmann, J. (2000). *Cultivos y alimentos transgénicos: una guía crítica*. Catarata.
- Riechmann, J. (2007). Introducción al Principio de Precaución. En J. A. Ortega Garcia, A. Navarrete Montoya, & J. Ferris i Tortajada (Eds.). *El cáncer, una enfermedad prevenible*. [1. ed.]. FFIS.
- Rodriguez, J. R. (2013). *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito* (Brasileiro). Editora FGV.
- Tavares, E. T., & Schramm, F. R. (2015). Princípio de precaução e nanotecnociências. *Rev. Bioét.* 23(2), 244-255.
- Tickner, J. (2002). Un Mapa hacia la toma de decisiones precautoria. En J. Riechmann & J. Tickner (Coord.), *El principio de precaución em medio ambiente y lasaude publica: de las definiciones a lá práctica*. Icaria (Más Madera).

REFLEXIONES FINALES

La protección al ambiente es una apuesta de orden global. La agenda mundial de las relaciones internacionales está enfocada, bajo los principios de cooperación y responsabilidad compartida, en responder a los desafíos mundiales de pérdida de biodiversidad, crisis climática, escasez de recursos, contaminación, entre otras. Muestra de ello es que seis de los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible están relacionados con el medio ambiente, los cuales determinan unas metas comunes para los Estados, los sectores productivos y la ciudadanía, y orientan los marcos legales internacionales, regionales y nacionales.

Los textos presentados permiten entrever que los conflictos ambientales tienen orígenes, causa y manifestaciones diferentes, y también son disímiles las capacidades para afrontarlas. En muchas ocasiones, como es el caso colombiano, las problemáticas derivan o se acentúan por los conflictos armados, que resultan en la incapacidad de los Estados para controlar su territorio, por lo que la terminación de las confrontaciones resulta imperativa para proteger y conservar de forma efectiva el ambiente. En otros países, los contextos sociales, económicos o culturales dificultan responder de manera adecuada a los retos globales, por lo que el ordenamiento jurídico internacional, previendo esa situación, impone obligaciones comunes pero diferenciadas.

América Latina y el Caribe son regiones caracterizadas por su diversidad cultural. En estas confluyen distintas comunidades étnicas e indígenas, cuyo reconocimiento resulta esencial para la protección de la naturaleza, ya que tienen formas múltiples de concebir y de relacionarse con el ambiente. Es por ello que resulta relevante el desarrollo de nuevas categorías doctrinales y jurisprudenciales como los derechos bioculturales, las cuales reconocen las distintas cosmovisiones y protegen la íntima relación entre cultura, formas de vida y territorio; así como la materialización de su derecho fundamental a la participación a través de ejercicios de concertación y consulta previa que permitan disponer los recursos, y gestionar los asuntos ambientales de acuerdo con sus usos y costumbres.

Lo anterior se refuerza a partir del derecho ambiental internacional, el cual ha influido significativamente en el desarrollo institucional y normativo de los países, ya que los acuerdos y tratados internacionales han establecido principios y parámetros para la protección del ambiente. Para la región toma relevancia el *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Informa-*

ción, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), el cual garantiza conceptos, ampliamente analizados en la obra, como los *derechos de acceso en asuntos ambientales*, la *democracia participativa* y la *gobernanza ambiental*, los cuales están íntimamente relacionados, se complementan y se refuerzan mutuamente. El acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia ambiental son elementos clave de una gobernanza efectiva y de una democracia participativa sólida. Coinciden los autores en que el fortalecimiento de estos es esencial para promover la sostenibilidad ambiental, la equidad en la distribución de los recursos, y la toma de decisiones informada y responsable en el ámbito ambiental.

Los textos permiten concluir que, aunque los desarrollos teóricos y jurisprudenciales de Colombia, Brasil y algunos países centroamericanos representan un avance significativo para responder a los desafíos ambientales contemporáneos, son insuficientes. Por ello es importante continuar y reforzar los debates sobre la materia, principalmente, explorar la creación de instituciones como tribunales ambientales, y otras medidas que logren responder eficazmente a las problemáticas ambientales actuales.

Reflexiones y desafíos del derecho ambiental latinoamericano tiene como propósito divulgar los resultados de investigación sobre los debates contemporáneos en materia ambiental que están presentes en la región, los cuales incluyen temáticas relacionadas con la gobernanza participativa, la justicia climática, la minería legal, la justicia ambiental, la democracia participativa, el principio de precaución, entre otros. Los textos presentados permiten entrever que los conflictos ambientales tienen orígenes, causas y manifestaciones diferentes, y también son disímiles las capacidades para afrontarlas.