



**UNA MIRADA HACIA LA CRISIS
MEDIOAMBIENTAL EN COLOMBIA:
LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA
DE TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA**

***A LOOK INTO THE ENVIRONMENTAL
CRISIS IN COLOMBIA: THE UTILITY
OF LAW AND ECONOMICS AS A TOOL
OF ECONOMICAL TRANSFORMATION***

LUCERO GÓMEZ JOVES*

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2018

Disponible en línea. 30 de junio de 2018

RESUMEN

El propósito de este artículo consiste en sustentar la tesis, según la cual, el análisis económico del derecho¹ (AED) puede ser una herramienta útil que desarrollada de manera adecuada puede ayudar a obtener resultados más eficientes y lograr un cambio notorio en relación con el estado actual del ambiente en Colombia. Al mismo tiempo realizar una revisión crítica tanto del estado del medio ambiente en el país como de las regulaciones legales vigentes al respecto. Adicionalmente, se establece la importancia de optar

* Estudiante de cuarto semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: lucerogomez@javeriana.edu.co

1 Una definición propuesta por Mercurio y Medema (1997) del AED es: “el Análisis Económico del Derecho es la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales”.

también como medida prioritaria por una transformación estructural de la economía de mercado con profundas modificaciones en las formas de producción y consumo para desvincularlas de la degradación ambiental que estas generan. También se expondrá como una alternativa eficiente, el papel proactivo que deben tener las autoridades públicas según su área y algunas de las regulaciones más importantes que se han dado sobre la temática.

Esta investigación se desarrolla a partir de una revisión documental exhaustiva, la cual permitió construir marco general de información y soluciones para el deterioro ambiental en el país con un énfasis en el análisis económico del derecho, al igual que establecer algunas de las características principales con relación a la sostenibilidad ambiental y el desarrollo del mismo que se ha venido dando en Colombia.

Palabras clave: Análisis económico del derecho; desarrollo; medio ambiente; sostenibilidad; contaminación; recursos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to defend the thesis that posits that Law and Economics can be a useful tool which, used appropriately, can help to obtain more efficient results and achieve notable change in relation to the current environmental situation in Colombia. Additionally, the importance of a structural transformation in the market economy, with deep modifications to the current production and consumption habits and techniques is established to unlink the economy from environmental degradation. This text will also expose that a possible efficient alternative can be proactive measures from the public authorities in accordance to their areas through important environmental regulations.

This investigation parts from an exhaustive bibliographical research, which has allowed to construct a general framework for the proposal of solutions to the environmental decay in Colombia, with a special emphasis in the principles of Law and Economics, which have helped to establish some of the principal characteristics in relation to the environmental sustainability and development that is occurring currently in the country.

Key words: Law and economics; development; environment; sustainability; contamination; resources.

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los postulados del análisis económico del derecho han sido utilizados como directrices en muchos ejercicios normativos realizados en Colombia, sin embargo, su desarrollo en relación con la temática ambiental ha sido poca. Hasta la década de los 70 el problema del deterioro ambiental era tratado como un problema fundamentalmente de contaminación física al cual, por ende, se le debía tratar con soluciones técnicas, ignorando sus connotaciones sociales y económicas². No fue hasta 1972 en la cumbre de Naciones Unidas en Estocolmo, donde se empezó a plantear el problema de la escasez de la naturaleza, sus recursos y la importancia de estos por su utilidad para el ser humano. Sin embargo, en Colombia aún no se ha podido superar el conflicto entre ganancias económicas y protección ambiental, es por eso que a pesar de poseer un patrimonio natural envidiable su aprovechamiento no ha sido el más adecuado. Es imperante implementar nuevos estilos de desarrollo para sustituir los estilos que se han mostrado ecológicamente depredadores, socialmente injustos y económicamente inviables³. Y es en relación con esto que el análisis económico del derecho se presenta como una herramienta útil y valiosa para la comprensión de los comportamientos contrarios a las leyes, en especial, a las disposiciones ambientales, lo cual sirve para entender cómo encaminar mejor las decisiones teniendo en cuenta la utilidad para la formulación y desarrollo de las políticas públicas⁴.

De igual manera, es viable establecer que el medio ambiente tiene una de las funciones más trascendentales y complejas para la vida del ser humano por su importancia como recurso natural y sus implicaciones políticas, económicas y sociales. Aun así, las respuestas que ha tenido el Estado ante situaciones que se han presentado durante años han sentado un precedente de incumplimiento e informalidad. El panorama ambiental es preocupante, es tiempo de que en Colombia se empiece a entender que este y el desarrollo son conceptos que no se deben mirar por separado dentro de un contexto económico. Además, se plantea la importancia de implementar explícitamente tal objetivo en los programas de política ambiental y de llevar los procesos de reestructuración institucional hacia un desarrollo verdaderamente sostenible.

2 Germán Sánchez. *Desarrollo y medio ambiente: Una mirada a Colombia*. Fundación Universitaria Autónoma de Colombia. Marzo 2002. At. 79.

3 Luis M. Jiménez. *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Pág. Ed., Editorial Síntesis. (1997).

4 Leonel Vega en su libro: *La dimensión ambiental del desarrollo* propone entender las políticas públicas como “vectores del desarrollo sostenible orientadores, dinamizadores y articuladores de la gestión pública en el marco de un Estado democrático y de derecho”.

Conforme a lo establecido previamente, el artículo se desarrollará de la siguiente manera: En primer lugar, se explicará brevemente cuál ha sido el desarrollo de la política ambiental en Colombia. En segundo lugar, se explicarán algunos puntos fundamentales de la sostenibilidad ambiental. En tercer lugar, se hará un recuento de los instrumentos económicos más relevantes en esta materia, específicamente en algunos implementados en Colombia. Y, en cuarto lugar, se expondrá el porqué de la importancia de la implementación del análisis económico del derecho para el correcto desarrollo de las políticas públicas ambientales.

Todo lo anterior, para demostrar (i) la importancia que tiene el desarrollo de una adecuada política pública ambiental y su correcta aplicación y control con relación al sector económico y social; (ii) el rol protagónico, como solución eficiente, que debe tener las autoridades públicas cuando no se cumple con la reglamentación existente en relación con el tema y (iii) la importancia que puede tener el análisis económico del derecho a la hora de desarrollar nuevas estrategias o políticas para combatir el deterioro ambiental y la irresponsabilidad frente al tema de instituciones, entidades o compañías.

1. POLÍTICA AMBIENTAL EN COLOMBIA

En Colombia, la calidad del ambiente se ha deteriorado a tasas que no tienen precedentes, algunos ejemplos de esto son la deforestación que se dio en 2016, la cual acabó con 178.597 Has de bosque⁵ o los 20 tipos de ecosistemas que se encuentran en estado crítico en el país⁶. Eso en parte se ha debido a una larga trayectoria de menoscabar la importancia que tiene este como sistema productivo y de desarrollo. Solo fue hasta la Constitución de 1991 donde se le empezó a dar un papel protagónico al medio ambiente, ya que los programas de desarrollo elaborados hasta 1990 consideraron los recursos naturales desde sus perspectivas de aprovechamiento con un enfoque exclusivamente extractivo y de corto plazo.

A pesar de que en la Constitución se le dio cierto protagonismo al medio ambiente y que hoy en día existe toda una serie de lineamientos generales de

5 Noticia: La Lizama vs. Las peores tragedias ambientales de Colombia. <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/la-lizama-vs-las-peores-tragedias-ambientales-de-colombia-articulo-747063>.

6 Noticia: Casi la mitad de los ecosistemas en Colombia están en riesgo. <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/casi-la-mitad-de-los-ecosistemas-en-colombia-estan-en-riesgo-articulo-723467>.

política ambiental, también es cierto que dichos lineamientos no constituyen una pauta en la orientación y articulación en la regulación ambiental del país. Además, debido a la poca importancia y trato que tanto el sector público como el privado le dado a este tema, la falta de regulación y cuidado se ha convertido en una ilegalidad casi institucionalizada. Es fundamental estructurar una política ambiental sistemática y rigurosa que tenga una base institucional, técnica y financiera sólida.

Como se mencionó previamente, la Constitución Política del 91 fue un hito fundamental en la protección del medio ambiente en el país, ya que mediante esta se asume por primera vez una posición proactiva al establecer el concepto de “función ecológica⁷ dentro de la misma. Poco después surge la Ley 99 de 1993⁸, una de las más importantes en el campo de la conservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible⁹, debido a que exige al Estado una actitud más activa en relación con el control y el manejo de los recursos naturales.

Adicionalmente, el Sistema de Contabilidad Económica Ambiental Integrado —COLSCEA— también ha sido importante en este ámbito debido al diseño de un sistema de cuentas ambientales que desarrolló a raíz del interés por un análisis de sostenibilidad. El régimen normativo de las licencias ambientales, al igual que los otros ejercicios ya mencionados, también han tenido un papel fundamental debido a que tienen “*el deber de prevención y control del deterioro ambiental, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado*”¹⁰. Sin embargo, la estabilidad de las instituciones para generar más incentivos para el cumplimiento de estas disposiciones ha sido paupérrimo, a lo cual no ha contribuido el reconocimiento de la informalidad por parte de las autoridades. Esto, a su vez, evidencia la necesidad inmediata de implementación de estrategias efectivas para poder darle una solución efectiva y eficaz a esta problemática.

De esta manera, se establece que en Colombia se deben generar unos cambios relacionados con las políticas públicas. En primer lugar, las estrategias de desarrollo e impacto ambiental en Colombia deben ser una prioridad para el

7 Constitución Política de Colombia (Const). Art. 58. Julio 7 de 1991 (Colombia).

8 Ley 99 de 1993. Por medio de la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente. Diciembre 22 de 1993.

9 La Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU definió el desarrollo sostenible como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidad”.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C328 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 27 de junio de 1995).

sector privado y el público, donde se empiece a dejar a un lado el empleo de tecnologías obsoletas y altamente contaminantes. En segundo lugar, se debe dar un fortalecimiento al ejercicio de la autoridad ambiental y reducir la desconfianza que hay en las instituciones y, por ende, en las políticas públicas.

A esto último se debe agregar algunas de las propuestas presentadas por Leonel Vega en su libro, *La Dimensión Ambiental de Desarrollo*¹¹. En principio se establece que las políticas públicas ambientales deben ser realizadas por el Estado bajo un esquema amplio y ordenado de información y participación ciudadana. De igual manera, se plantea la autonomía como factor principal para garantizar la independencia a la hora de tomar decisiones que puedan afectar al medio ambiente. Es por eso que se plantea como alternativa, la posibilidad de acabar con la función de ejercicio de autoridad ambiental del poder ejecutivo y dar lugar a una nueva estructura institucional de carácter estatal como ente rector de la materia que se denomine Autoridad Ambiental del Estado.

El modelo gubernamental que está ahora se ha implementado en el país se ha mostrado ineficiente, es por esto que la necesidad de estos cambios institucionales es imperante. Esta ineficacia se puede ver reflejada con el manejo deficiente que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y las Corporaciones Autónomas Regionales le han dado al seguimiento y control sobre las licencias y permisos ambientales. La Contraloría General de la República, estableció que de 904 licencias otorgadas entre 2011 y 2014, solo se les realizó seguimiento a 131 licencias al año¹². De igual manera, la entidad detectó que había una gran falta de rapidez en los procesos ambientales sancionatorios. Estas cifras demuestran que existe una deficiencia en las entidades gubernamentales ambientales para realizar un control eficaz sobre los proyectos ambientales en el país, además de mostrar la urgencia de reestructuración de las mismas.

2. INSTRUMENTOS PARA LA GESTIÓN AMBIENTAL

Los instrumentos económicos como herramientas de gestión ambiental no deben ser sólo considerados o aplicados como instrumentos financieros, sino que se deben pensar como instrumentos capaces de modificar el comportamiento de los agentes contaminadores. Estos medios, considerados como políticas de prevención, son una apuesta acertada del legislador colombiano, que para crear

11 Leonel Vega Mora. *La dimensión ambiental del desarrollo*. Pág. 134. Ed 1., ECOE ediciones. (2017).

12 No hay control eficaz a licencias ambientales, advierte Contraloría. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15568115>. (Abril 14 de 2015).

estímulos económicos a la protección del medio ambiente ha diseñado instrumentos como beneficios fiscales a la inversión, incentivos económicos y tasas retributivas o compensatorias.

Específicamente, las reformas fiscales verdes, tales como los incentivos dirigidos a reducir las cargas tributarias de actividades que protejan el medio ambiente mediante beneficios fiscales, pueden incidir en la reordenación de las conductas económicas y de producción¹³. Adicionalmente, se podría enlazar la aplicación de tributos ambientales con el fin de aumentar la imposición directa de nuevos impuestos, tasas o contribuciones obligatorios a los agentes generadores de contaminación o incluso como el etiquetado verde. De esta manera, se asegura la eficaz protección del medio ambiente por medio de remuneraciones a quienes lo protegen y sanciones a quienes no lo hagan. A continuación, se analizan a fondo estas medidas.

En primer lugar, se encuentran los incentivos, instrumentos que pueden ser descritos como una herramienta que involucra la norma para favorecer su cumplimiento al participar en el análisis costo-beneficio que realizan los individuos. En este punto se debe resaltar que es de suma importancia revisar el nivel en que se encuentran los posibles destinatarios de la disposición ambiental y el posible infractor de la misma para así poder determinar su motivación y crear incentivos que se ajusten a esto. En relación con esto, el papel del Estado, éste debe ser proactivo, al crear mecanismos para que el cumplimiento de la norma sea atractivo, por ejemplo, podría aumentar aún más la inclusión de delitos en el sistema penal relacionados con el medio ambiente o lograr un cambio cualitativo de los mismos. Que el Estado sea capaz de lograr que las leyes ambientales sean de verdad eficientes, impuestas y cumplidas, será un paso hacia una reestructuración de lo que hasta este momento se ha proclamado bajo un esquema de presunción de cumplimiento, sin real efectividad.

En segundo lugar, la tributación ambiental, a pesar de ser una de las medidas más debatidas en el país, es de suma importancia para poder ejercer un control directo en la protección del medio ambiente. Además, es importante destacar que las tasas ambientales adquieren cada vez importancia en el marco de protección ambiental, ya que pueden ser destinadas tanto para financiar medidas estatales o para incitar a los agentes productivos adoptar comportamientos menos dañinos. Es importante aclarar que existen dos tipos distintos de tasas, por

13 En el documento de trabajo sobre económica regional presentado por el Banco de la República en 2011, se propone una reforma fiscal verde que consiste en “disminuciones de la carga impositiva en el mercado laboral a partir del uso de recursos fiscales derivados de ingresos ambientales” y se explican algunos de los instrumentos empleados.

un lado, las tasas retributivas¹⁴, encargadas de mantener los recursos naturales y, por otro lado, las tasas compensatorias¹⁵, encargadas de crear incentivos permanentes. Estas tasas son opciones que con su implementación podrían llegar a generar un cambio de comportamiento tanto en los particulares como en las personas jurídicas.

En Colombia, ya se pueden evidenciar algunos ejemplos de instrumentos para la gestión ambiental, tal como tasas retributivas por vertimientos puntuales, las tasas compensatorias por caza de fauna silvestre y evaluación económica ambiental de proyectos de desarrollo, al igual que sus respectivos marcos legales.

El primer instrumento mencionado, es empleado por las autoridades ambientales correspondientes para *“cobrar a los usuarios por la utilización del recurso hídrico como receptor de vertimientos directos o indirectos y lo que se cobra es la totalidad de la carga contaminante descargada al recurso hídrico”*¹⁶. Esta tasa será impuesta por igual a la contaminación causada por encima de los límites permisibles sin perjuicio de otras medidas preventivas o sancionatorias que apliquen por igual. Esta tasa retributiva fue creada por el Decreto 2811 de 1974, pero después de algunas modificaciones el Decreto 2667 de 2012 es el que se ha convertido en su soporte legal.

Por otro lado, se encuentran las tasas compensatorias por caza de fauna silvestre es otro de los instrumentos para la gestión ambiental vigente en Colombia, utilizado para cobrar a los usuarios que ejercen la caza de la fauna silvestre y a su vez ayudar a garantizar la renovabilidad de dicho recurso. Esta se encuentra reglamentada en el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, al igual que por medio del Decreto 1272 de 2016. Por último, es relevante mencionar la Evaluación Ambiental de Proyectos de Desarrollo, ya que consiste en la aplicación de varias herramientas tanto teóricas como metodológicas para mejorar la calidad de los procesos de evaluación ambiental. Además, busca determinar la relación entre los beneficios y los costos totales que se generan con la ejecución de un

14 Tasa Retributiva por Vertimientos Puntuales. Ministerios de Medio Ambiente. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1434-plantilla-negocios-verdes-y-sostenibles-51>

15 Minambiente expide Tasa Compensatoria para la protección de Fauna Silvestre en el país. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/2426-minambiente-expide-tasa-compensatoria-para-la-proteccion-de-fauna-silvestre-en-el-pais>.

16 Decreto 2667 de 2012 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Por el cual se reglamenta la tasa retributiva por la utilización directa e indirecta del agua como receptor de los vertimientos puntuales. Diciembre 21 de 2012.

proyecto, para de esta manera poder definir su viabilidad, al igual que conocer el costo de las externalidades que puede llegar a generar un proyecto. Esto evidencia que ya se están implementando políticas públicas destinadas a la modificación de comportamiento nocivo para el medio ambiente, no obstante, es solo una pequeña fracción de lo que se podría estar implementando.

2.1. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

Atendiendo al marco conceptual antes señalado, en este capítulo se expondrán algunos puntos fundamentales para entender el concepto de sostenibilidad ambiental y la gestión ambiental implícita en esta. La sostenibilidad ambiental¹⁷ plantea la necesidad de armonizar el desarrollo socio-económico con el medio ambiente, para que los planes de desarrollo interioricen los costos y beneficios ambientales, con el propósito de garantizar una adecuada oferta ambiental. Así mismo, se puede entender dentro del nuevo paradigma que plantea la teoría del derecho ambiental, el cual surge como una necesidad de enmarcar en un concepto una nueva forma de entender y mirar el desarrollo entendido desde el punto de vista económico y social. Es un proceso de transición urgente hacia nuevas formas de producir y consumir y es en este punto donde se debe limitar el crecimiento indefinido.

Bajo esta línea argumentativa, es importante resaltar el papel de la empresa en relación con su responsabilidad y rentabilidad ecología, esto debido a que gran parte de la responsabilidad recae en ella al ser una de las principales fuentes de contaminación ambiental. Es en estos términos que se explica el activo protagonismo que esta tiene dentro de este proceso del desarrollo sostenible, al tener que mejorar sus prácticas bajo un concepto denominado “*responsabilidad social corporativa*”¹⁸. La cual puede ser definida como una nueva forma de gestión empresarial, en la cual la empresa se ocupa de que todos sus procesos sean sostenibles en lo económico, social y ambiental; reconociendo los intereses de todos los grupos afectados y buscando de la misma manera la preservación el medio ambiente¹⁹. Es dentro de este mismo marco que se puede hacer referencia a la limitación a la libertad de empresa. Dicho concepto resulta constitucional debido a que es necesario limitar a las empresas para proteger el medio ambien-

17 Objetivos de Desarrollo de Milenio-Avances en la Sostenibilidad Ambiental del Desarrollo en América Latina y el Caribe. (<https://www.cepal.org/rio20/tpl/docs/3.ODM-7.ESP.pdf>). (2009).

18 Concepto explicado por Claudia Rojas en, *Limitaciones ambientales a las empresas en Colombia*.

19 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente en Estocolmo (1972) lo define como: “Medio ambiente es el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas”.

te, además que dicha misma limitación surge como expresión de la necesidad de conjugar unos valores y unos bienes.

En este punto también resulta importante mencionar que si las empresas desean mantener su capacidad competitiva a largo plazo deben poder reaccionar frente a la evolución de su entorno. Si bien es cierto que hay unos costos adicionales que introduce la extensión de las restricciones ambientales, así como la utilización y aplicación de los instrumentos económicos y fiscales al respecto, también es innegable que en un largo plazo es posible conseguir una mayor rentabilidad frente a otras industrias si se instauran dichas restricciones. Los cambios provocados por el factor medioambiental van a modificar la actuación de la empresa, desde su estrategia corporativa hasta las distintas estrategias funcionales y este afectará negativamente a las empresas que reaccionen tarde o simplemente no reaccionen²⁰.

Es por esto que, éstas deben actuar buscando la rentabilidad bajo tres aspectos principales: económico, social y de calidad, para de esta forma buscar una relación ética con el desarrollo sostenible obteniendo una ganancia óptima y no máxima²¹. Esta mejora que se propone en los procesos empresariales puede proceder desde el lado de la oferta por vía de una mejora a la productividad o desde el lado de la demanda por vía de la diferenciación del producto. Aunque puede ser necesario implementar una estrategia de precios superiores a lo que tenían los productos o servicios, ya que la empresa tendrá que soportar unos costes mayores derivados de los costos medioambientales. Pero solo por medio de estos cambios será posible lograr un esquema de utilidad óptima procurando la rentabilidad que conlleva una verdadera sostenibilidad medioambiental²². En definitiva, se puede establecer que la ecoeficiencia se va a convertir en una carta de presentación para las empresas porque seguir con un modelo de gestión empresarial y certificar disposiciones ambientales confiere a las industrias una ventaja competitiva, sobre todo al momento de exportar productos y posicionarse en un mercado determinado.

Por último, es relevante mencionar que, en adición a la responsabilidad empresarial, han surgido alternativas gubernamentales las cuales se han planteado

20 Claudia Rojas Quiñónez. *Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en el derecho colombiano*. Pág. Ed 1., Universidad Externado de Colombia. (Diciembre de 2013).

21 Francisco Gerardo en su artículo, *¿Ganancia óptima o ganancia máxima?*, establece la primera como un mejoramiento constante del producto donde surge una relación ética con el medio ambiente, mientras que la segunda está orientada a la reducción de los costos hasta donde sea posible por parte de las empresas sin buscar un mejoramiento del servicio o producto ofrecido.

22 Mary Gómez. *Política Fiscal para la gestión ambiental en Colombia*. Serie, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos. 2005. At. 1.

en el país por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, han sido los negocios verdes y el Biocomercio. La primera definida como actividades económicas en donde se ofertan bienes o servicios que genera impactos ambientales positivos incorporando buenas prácticas sociales, ambientales y económicas²³. Y la segunda establecida como actividades de recolección, producción, transformación y comercialización de bienes y servicios derivados de la biodiversidad a través de prácticas ambientalmente sostenibles²⁴. Para esta última se creó el Programa Nacional de Biocomercio Sostenible (PNBS), donde se busca emplear una estrategia en busca del aprovechamiento de las ventajas competitivas del país en relación con su biodiversidad, para de esta manera poder facilitar la construcción de numerosos negocios sostenibles. Llegado a este punto, es evidente que la sostenibilidad ambiental es un fenómeno que involucra factores de diversa índole, desde consideraciones económicas hasta implicaciones sociales profundas. Por ende, se reitera la importancia del AED a la hora de lograr una transformación ambientalmente eficaz y sostenible de los procesos productivos.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA DEGRADACIÓN AMBIENTAL

Ante la problemática que se ha venido exponiendo durante el texto, se presenta el análisis económico del derecho como eje fundamental para lograr una disminución efectiva de la degradación ambiental que se ha venido dando durante décadas en Colombia. Antes de adentrarnos a la explicación de los diferentes supuestos de esta corriente se deben hacer unas anotaciones metodológicas previas. En primer lugar, es indispensable partir de la necesidad y el comportamiento que se quiere legislar, el cual en este caso puede ser identificado como la crisis ambiental actual en Colombia. También se debe verificar la forma como se estructura el marco y la existencia de disposiciones legales, es decir, reconocer las diferentes posibilidades de comportamiento nocivo para el medio ambiente. Por último, se debe definir el mercado relevante, es decir las condiciones de oferta y demanda. Teniendo estos tres puntos claros es que se puede empezar hacer el análisis relacionado con el AED.

23 Leonel Vega en su libro, *La dimensión ambiental del desarrollo* define los impactos ambientales como “la alteración significativa de los sistemas naturales y transformados y de sus recursos, provocada o no por acciones humanas”.

24 Franco Piza, director de sostenibilidad de Bancolombia lo define como: “Ser sostenible es desarrollarse económicamente teniendo en cuenta los impactos que se generan en el ambiente y la sociedad”.

En un primer momento, se hará referencia a Coase y su planteamiento sobre el costo social, destacando algunos de sus principales supuestos²⁵. En un primer momento, Coase establece la importancia de los costos de transacción²⁶ dentro del mercado, esto debido a que si son altos no se podrá dar una transacción de derechos en cabeza de quien más los valore y en este caso será el Estado quien deberá propender por la reducción de estos o será el que podrá entrar a definir en cabeza de quién queda el derecho. Pero en caso de que los costos de transacción sean nulos serán las partes quienes podrán realizar una negociación para poner el derecho en cabeza de quien más lo valora. Sin embargo, ya sea el caso de costos nulos o altos, se debe someter a estudio cada situación sin generar respuestas inmediatas, evaluado claramente el valor final de la transacción.

Por otro lado, Coase plantea que es necesario colocar en el mismo nivel las partes involucradas de manera que se pueda evaluar para cada una de ellas los daños que se generen y las posibles soluciones a estos, solo así se puede generar una relación costo-beneficio equitativa entre partes. Además, sería razonable identificar los beneficios y costos para las partes relevantes para que de esta forma se pueda articular un debate bilateral y no se adopten decisiones basadas en criterios unilaterales. Por último, se debe destacar que para Coase el hecho de que la responsabilidad por contaminación la asuma siempre la empresa no es correcta, a veces el efecto que esto puede generar no es deseado y es en razón de esto que se debe analizar quien valora más ese derecho y los beneficios que esto implica. Por ende, es imperativo que en el análisis de costo-beneficio entre partes no se asuma nunca la responsabilidad desde el inicio.

Dentro de este marco conceptual, se debe destacar también la importancia del enfoque de eficiencia dentro del planteamiento del AED como herramienta para el problema ambiental. Eso es relevante dentro del tema tratado debido a que por medio de la eficiencia se busca la obtención del mayor resultado posible con los recursos con los que se cuenta en un momento determinado, en este caso teniendo en cuenta la oferta limitada que hay de estos.

Hay dos formas de entender la eficiencia dentro del AED, en primer lugar, como criterio superior del Estado, donde se establece que la eficiencia no es un mandato solamente económico sino también moral. En segundo lugar, como sistema de medición, el cual permite valorar si una determinada política pública

25 Ronald H. Coase. El Problema del Costo Social. *The Journal of Law and Economics*. (Octubre de 1960). At. 81.

26 Los costos de transacción se pueden definir como aquellos que se dan para establecer, mantener o cambiar un derecho.

o norma jurídica está generando beneficios a la sociedad. En relación con esto se deben mencionar dos tipos de eficiencia, la Superioridad de Pareto y Kaldor-Hicks²⁷. El primero, se puede definir como la mejora de la posición de al menos una persona sin que esta genere el empeoramiento de la posición de otra. Y el segundo término, hace referencia a la idea de que se debe pretender que la ganancia que se obtiene sea mayor a la pérdida y de esta manera se puedan compensar los perjuicios causados. Es dentro de las formas de entendimiento y de los tipos que se presentan, que se puede identificar el papel que tiene la eficacia como determinante de políticas públicas al tratar de buscar al máximo un aprovechamiento de manera sustentable y valorar la utilidad de las disposiciones jurídicas ambientales al igual que el beneficio que estas pueden llegar a generar tanto para la sociedad actual como para las generaciones futuras.

En consecución con lo mencionado previamente, también se debe hacer una breve referencia a la eficacia, la cual busca producir más con mejor calidad utilizando menos recursos y generando una menor contaminación. En otras palabras, alcanzando el nivel óptimo eliminando el despilfarro de las modalidades consumistas y permitiendo el acceso a los recursos de los menos favorecidos. Hay demasiadas presiones ambientales que no pueden ser ignoradas y la huella ecológica crece cada día con más intensidad, es por esto la importancia de aplicar el AED como herramienta para evitar la degradación ambiental.

Continuando con el planteamiento de este punto, se mencionará quizás uno de los puntos principales del AED en relación con la temática ambiental, las externalidades como falla de mercado. Se iniciará definiendo a las externalidades como el efecto colateral que tiene una actividad económica de un determinado agente, pero que la parte no produce intencionalmente. Dentro de este ámbito se pueden identificar dos clases de externalidades: (i) externalidades negativas, las cuales son un efecto colateral de la producción económica que se traduce en un perjuicio para la sociedad debido a que el costo de este no es asumido por quien realiza la actividad, sino por un tercero ajeno; y (ii) externalidades positivas, las cuales se definen como un efecto colateral de una actividad económica determinada que no produce un perjuicio sino un beneficio, pero que se considera como una falla por el hecho de que no se está utilizando de manera óptima o eficiente los recursos²⁸. En este caso serán más relevantes las externalidades negativas para el problema a tratar.

27 Eduardo Stordeur. *La Eficiencia de Pareto y las Teorías Deontológicas: una respuesta libertaria a Kaplow & Shavell*. Universidad del CEMA. At. 1

28 Paul Krugman & Robin Wells. *Introducción a la Microeconomía*. Pág. 455-472. Ed., 1. Universidad de Princeton. (1953).

En Colombia, las compañías y las actividades contaminantes no interiorizan estos costos pues son transferidos a terceros ajenos de la actividad productiva. Solo basta ver casos como el del desastre ecológico que sufrió el mar de Santa Marta cuando la compañía Drummond arrojó 500 toneladas de carbono a este generando un gran desequilibrio en el ecosistema marítimo, aun así, el gobierno sólo cerró una de las plantas de la multinacional por unos días y no se tomó acción alguna para tratar de mitigar el daño causado al océano²⁹. Otro de los casos donde se puede evidenciar la afirmación presentada previamente es el de Cerro Matoso, lugar número de uno de producción de níquel en Colombia, donde existen una gran cantidad de inconvenientes en cuanto a las garantías laborales, sociales y ambientales, ya que la compañía encargada de las explotaciones no retribuye ninguno de estos impactos³⁰.

Para evidenciar las consecuencias desastrosas de las externalidades negativas, es imperativo exponer el reciente caso de contaminación en la quebrada Lizama en donde hace algunos días se pudo evidenciar una mancha negra de petróleo en esta zona proveniente de unas fallas en el pozo 158 de Ecopetrol. A causa de esto en solo unos pocos días han resultado 49 cuerpos de agua contaminados, 2.460 animales muertos, 9 personas afectadas por los gases, 25 km del río Sogamoso contaminados y 25 familias han tenido que evacuar la zona³¹. A pesar de que la empresa encargada ha hecho algunos esfuerzos para controlar el derrame, las consecuencias que esto acarrea para tantas personas y ecosistemas³² todavía no han tenido respuesta. Es por esto que es imperante que las políticas públicas obliguen a las empresas a operar a lo largo de la curva de costos marginales sociales y no a lo largo de la curva de costos marginales privados. En otras palabras, se debe comenzar a obligar a las empresas a interiorizar las externalidades negativas. Lo más grave de que la situación permanezca es que esta externalidad lleva a una sobreproducción que excede lo que se haría si realmente se tomaran en cuenta los costos reales.

Por último, se puede definir el AED como un instrumento de costo-beneficio que potencia la capacidad de análisis de los contextos de incertidumbre debido

29 “Hay que preguntarse si esta sanción no tiene un poco de ‘garrote y zanahoria’”. <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/multa-historica-drummond/30305>. (Diciembre 19 de 2013).

30 La paradoja de Cerro Matoso en Montelíbano, Córdoba. <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/169757-la-paradoja-de-cerro-matoso-en-montelibano-cordoba>. (Agosto 14 de 2012).

31 Noticia: La Lizama vs. Las peores tragedias ambientales de Colombia. <https://www.elspectador.com/noticias/medio-ambiente/la-lizama-vs-las-peores-tragedias-ambientales-de-colombia-articulo-747063>.

32 Leonel Vega en su libro, *La dimensión ambiental del desarrollo* define el ecosistema como “el conjunto formulado por los seres vivos y los elementos no vivos del ambiente y la relación vital que se establece entre ellos”.

a que incrementa la información disponible sobre el sistema de preferencias de la persona natural o jurídica. Es decir, el AED establece que las personas están dispuestas a hacer aquello que representa, para ellos, beneficios superiores al costo. Un ejemplo de esto, es el cumplimiento de las disposiciones ambientales, lo cual es solo una opción dentro de posibles comportamientos de las personas o de las industrias. Existen tres opciones en estos casos (i) se incumple la ley cuando el costo de su comportamiento es muy alto y el beneficio muy bajo; (ii) el beneficio de infringir la norma jurídica según el infractor tiene un beneficio mayor que la sanción y (iii) el costo del incumplimiento es inane, esto por falta de efectividad. Lo anterior evidencia que existe una necesidad urgente de una intervención estatal para asegurar que el comportamiento de las personas esté dirigido a una protección ambiental.

CONCLUSIONES

Indiscutiblemente, la aplicación del análisis económico del derecho como herramienta para la superación de la difícil situación por la cual pasa el medio ambiente en Colombia es indispensable. A pesar de que en el país se ha avanzado en cuanto a normatividad ambiental, la aplicación de esta reglamentación es bastante deficiente. Las estrategias de desarrollo deben propender hacia una transición económica donde se modifiquen las políticas de producción y consumo, para así poder aprender a vivir con lo que la naturaleza nos presenta sin consumir irreversiblemente los recursos naturales difícilmente reemplazables y de la misma manera buscar una integración económica.

Asimismo, los instrumentos para la gestión ambiental, son fundamentales para lograr la creación de mecanismos de integración que den indicadores de los cambios de los procesos con criterios de sostenibilidad. Adicionalmente, la inclusión de la valoración de costos ambientales como principio de control fiscal también es importante, ya sea por medio de impuestos, incentivos o reformas fiscales. En Colombia, se puede ver un esfuerzo que ha hecho el sector legislativo al implementar algunos instrumentos de gestión ambiental, sin embargo, su principal problema sigue siendo la efectiva implementación de estos.

De esta forma, se presenta la sostenibilidad ambiental como factor integrador entre el desarrollo social y el económico con miras también a las limitaciones legales que se le deberían imponer a las empresas en Colombia con el fin de limitar los efectos negativos sobre el ambiente y la disminución dramática de recursos naturales en el país. Se plantea al igual la capacidad competitiva de las empresas en un largo plazo cuando se tengan mayores dificultades por problemas o escasez ambiental, donde se propone que los precios de los productos

reflejen el costo ambiental de producción para que de esta manera las fuerzas de mercado puedan actuar en beneficio de los productos ecológicos y el detrimento de las actividades ambientales dañinas, lo que llevaría eventualmente a un reajuste en los mercados a favor de la sostenibilidad.

Así, se establece el análisis económico del derecho ambiental como herramienta para combatir la degradación ambiental, en donde se exponen postulados como el costo social, la eficiencia, el análisis costo beneficio y las externalidades. En este punto es importante resaltar que es indispensable una estrategia integral para superar fallas de mercado, de esta manera logrando una asignación eficiente de los recursos ambientales, es decir en cabeza de quien más los valore. Al igual que para tratar las externalidades ambientales negativas cuando los precios no reflejan los costos totales de producción y consumo o cuando son interiorizados por terceros a la actividad y no por quien la produce.

Por último, se necesitan soluciones realistas y eficaces que sean capaces de generar una real transformación y reestructuración a los sistemas legales y económicos que se tienen en Colombia con relación al medio ambiente. Está claro que la actividad económica no puede generar más contaminación que la que la naturaleza es capaz de absorber y es por esto mismo que la gravedad de los problemas ambientales exige abandonar modelos exclusivamente desarrollistas. Y concluir, que como se mencionó previamente el correcto aprovechamiento de los recursos naturales y todo lo que nos provee el medio ambiente debe ser un mandato moral, incluso antes que económico, se debe respetar al ambiente, a los ecosistemas, a sus recursos, a su fauna y flora. El respeto por lo todo lo que nos da el medio ambiente debe ser el punto de partida y el eje fundamental para cualquier política pública o transformación, sin esto los intentos por cambiar la situación actual de Colombia serán en vano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ana María Arjona & Mauricio Rubio. *El análisis económico del derecho*. Revista Precedente. 2001. At. 117.
- Cada hora se pierden 20,6 hectáreas de bosque natural en Colombia. <http://www.el-tiempo.com/vida/medio-ambiente/colombia-perdio-178-597-hectareas-de-bosque-en-2016-106332>. (Julio 6 de 2017).
- Claudia Rojas Quiñónez. *Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en el derecho colombiano*. Pág. 35, 106, 113, 128, 132, 186. Ed 1., Universidad Externado de Colombia. (Diciembre de 2013).
- Constitución Política de Colombia (Const). Art.78-82. Julio 7 de 1991 (Colombia).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C328 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 27 de junio de 1995).
- Eduardo Stordeur. *La Eficiencia de Pareto y las Teorías Deontológicas: una respuesta libertaria a Kaplow & Shavell*. Universidad del CEMA. At. 1
- Decreto 1272 de 2016 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Por medio del cual se regula la tasa compensatoria por caza de fauna silvestre. Agosto 3 de 2016.
- Decreto 2667 de 2012 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Por el cual se reglamenta la tasa retributiva por la utilización directa e indirecta del agua como receptor de los vertimientos puntuales. Diciembre 21 de 2012.
- Decreto 2811 de 1974. (Departamento Administrativo de Función Pública). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diciembre 18 de 1974.
- Decreto 3573 de 2011 (Departamento Administrativo de Función Pública). Por medio del cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Septiembre 27 de 2011.
- ¿Ganancia máxima o ganancia óptima? https://www.researchgate.net/publication/287195670_Ganancia_maxima_o_ganancia_optima. (Febrero de 2008).
- Germán Sánchez. *Desarrollo y medio ambiente: Una mirada a Colombia*. Fundación Universitaria Autónoma de Colombia. Marzo 2002. At. 79.
- Instrumentos Económicos en la Evaluación del Impacto Ambiental. <http://www.anla.gov.co/valoracion-economica-instrumentos-economicos-evaluacion-impacto-ambiental>.
- La Lizama vs. Las peores tragedias ambientales de Colombia. <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/la-lizama-vs-las-peores-tragedias-ambientales-de-colombia-articulo-747063>. (Marzo 28 de 2018).
- Leonel Vega Mora. *La dimensión ambiental del desarrollo*. Pág. 10, 26, 59, 74, 93, 134. Ed 1., ECOE ediciones. (2017).
- Ley 99 de 1993. Por medio de la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente. Diciembre 22 de 1993.
- Luis M. Jiménez. *Desarrollo Sostenible y Economía Ecológica*. Pág. Ed., Editorial Síntesis. (1997).
- María Mercedes Machín. *Gestión Empresarial: Desafíos y oportunidades desde la perspectiva de la gestión ambiental*. Revista Futuros. 2007. At. 1.
- Mary Gómez. *Política Fiscal para la gestión ambiental en Colombia*. Serie, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos. 2005. At. 1.
- Negocios Verdes y Sostenibles. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/negocios-verdes-y-sostenibles>. (2018)
- No hay control eficaz a licencias ambientales, advierte Contraloría. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15568115>. (Abril 14 de 2015).
- Patricia Guzmán. *Introducción al Análisis Económico del Derecho Ambiental*. Pág. 13, 21, 39, 52, 105. Ed 1., Universidad Externado de Colombia. (2006).
- Paul Krugman & Robin Wells. *Introducción a la Microeconomía*. Pág. 455-472. Ed., 1. Universidad de Princeton. (1953).

- Plan Nacional de Negocios Verdes (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Por medio del cual se establecen los fundamentos y el marco teórico para el Plan Nacional de Negocios Verdes. (2014).
- Programa Nacional de Biocomercio Sostenible (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Por medio del cual se establece el desarrollo del programa de Biocomercio en Colombia de 2014 a 2024. (2014).
- Ricardo Luis Lorenzetti. *Teoría del Derecho Ambiental*. Pág. 8, 20, 25, 95, 118. Ed 1., Editorial Temis. (2011)
- Ronald H. Coase. *El Problema del Costo Social*. The Journal of Law and Economics. (octubre de 1960). At. 81.