

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y LOS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN AMBIENTAL DEL SECTOR ELÉCTRICO COLOMBIANO

JURISPRUDENCE PRECEDENT ON THE INSTRUMENTS OF ENVIRONMENTAL REGULATION OF THE ELECTRICAL COLOMBIAN SECTOR

M.Sc. Jaime León Arcila Rueda¹ & Ph.D. Hector Iván Velásquez Arredondo²

1. Auxiliar de investigación, Escuela de Geociencias y Medio Ambiente

2. Profesor asociado, Escuela de Procesos y Energía

Facultad de Minas, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

picuda@une.net.co

Recibido para evaluación: 23 de Octubre de 2009

Aceptación: 6 de Noviembre de 2009

Entrega de versión final: 15 de Diciembre de 2009

Resumen

Lo que los autores del Derecho del Medio Ambiente han denominado la Constitución verde o la Constitución ecológica de 1991, necesariamente tiene consecuencias en la praxis legal de los instrumentos de gestión ambiental en todos los niveles y sectores de la economía, sobre todo si lo anterior se analiza en el marco del Estado Social de Derecho, que consagra igualmente la carta política; bajo esta perspectiva, es posible comprender los vacíos e inconsistencias de la gestión ambiental en el sector eléctrico colombiano (en adelante SEC), a partir del análisis crítico de los instrumentos de regulación ambiental establecidos en la normatividad vigente, es posible revisar estos instrumentos en su papel de herramientas para la gestión ambiental, identificar una conceptualización constitucional y legal adecuada para el desarrollo de los mismos y determinar los ajustes necesarios a realizar en su rol de herramientas de gestión ambiental en el SEC. La consecución de los anteriores objetivos conlleva una metodología propia de la investigación social cualitativa en sus niveles jurídico-políticos. El contenido de este artículo da cuenta de los primeros avances realizados al acercarnos al objeto de estudio desde una óptica jurisprudencial y no meramente legal, como hasta el momento se ha abordado el tema.

Palabras Clave: Constitución, Ambiente, Estado, Social, Derecho, Regulación, Fuente, Jurisprudencia, Gestión.

Abstract

What the authors of the Law of the Environment have named the green Constitution or the ecological Constitution of 1991, necessarily it has consequences in the legal practice of the instruments of environmental management in all the levels and sectors of the economy, especially if the previous thing is analyzed in the frame of the Social State of Law in the Constitution of 1991, under this perspective, it is possible to understand the emptinesses and inconsistencies of the environmental management in the electrical Colombian sector (SEC), from the critical analysis of the instruments of environmental regulation established in the in the Law in addition it is possible to check these instruments in his role of tools for the environmental management, to identify a constitutional and legal conceptualization adapted for the development of the same ones and to determine the necessary adjustments to realize in his environmental role of management tools in the SEC. The attainment of the previous aims carries an own methodology of the social qualitative research in his juridical - political levels. The content of this article realizes the first advances in order to study from a jurisprudential and not merely legal optics, since up to the moment the topic has been approached.

Keywords: Constitution, Environment, Estate, Social, Law, Regulation, Source, Jurisprudence, Management.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se refiere al tema de los instrumentos de regulación ambiental del sector eléctrico colombiano, entendidos como el conjunto de normas que debe acatar y poner en práctica el sector con el fin de alcanzar un objetivo determinado, podemos anticipar que este objetivo, si bien hace parte de la estrategia administrativa de cada una de las empresas que componen el sector, está consagrado de manera general en los siguientes términos en el artículo 8 de la Constitución Política (en adelante CP) y hace parte de los principios fundamentales que sirven de guía a nuestra organización política, dice así el artículo: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación” (Gómez Sierra, 2009.). Es necesario entonces que, a quince años de la reorganización del SEC, se proceda a verificar tanto los logros, como los ajustes que es menester introducir en torno a su gestión ambiental, toda vez que sobre los diferentes niveles y sectores de la economía, inspirados en un particular modelo de desarrollo que ha mostrado ser poco amigable con el medio ambiente, hay una creciente presión encaminada a consolidar el cumplimiento de adecuados estándares en lo que respecta a la gestión ambiental, pues todo indica que en ello está involucrado, inclusive, nuestra sobrevivencia misma. Es útil entonces que, en lo que al SEC respecta, diferenciamos los instrumentos de gestión ambiental que le son propios (instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental territorial, instrumentos facilitadores e instrumentos financieros), de los instrumentos de regulación ambiental, los cuales pueden caracterizarse de la siguiente manera: normas de comando y control, entendidas como “la acción del Estado que consiste en la expedición de normas y el control y la vigilancia sobre su cumplimiento” (SabogalH., 1999.), instrumentos administrativos e instrumentos de control social.

Desde el nivel jurídico, necesariamente inscrito en el derecho del medio ambiente, la revisión crítica de los instrumentos de gestión y, en particular, de los instrumentos de regulación ambiental del SEC, en principio aparece como un acercamiento al Estado Social de Derecho y, sobre todo, a las implicaciones que se derivan cuando una Constitución ecológica o Constitución verde le subyacen. Para este análisis es necesario prevalerse de las fuentes formales del derecho como la ley, la jurisprudencia, la doctrina, y la costumbre, ahora, en este estudio el énfasis recae sobre

la jurisprudencia, en principio, aquella que emana del tribunal supremo constitucional; sobre esta fuente del derecho, el proceso de análisis se lleva a cabo utilizando las técnicas del precedente jurisprudencial, bajo el entendido de que en torno al derecho colectivo a un ambiente sano, establecido en el artículo 79 de la CP, son tan variados como novedosos los desarrollos jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha introducido y que, sin lugar a dudas, marcan un nuevo referente para el SEC y los demás niveles y sectores de la economía en general, en punto a la aplicación de sus instrumentos de regulación, de cara a una optima gestión medioambiental.

Lo anterior establece que sea esta una investigación de tipo cualitativo, de carácter teórico, cuya soporte técnico principal es el análisis documental. El proceso que se lleva a cabo para dar cuenta del fenómeno en estudio es el de la hermenéutica jurídica, siguiendo el círculo hermenéutico aplicable al derecho: “La interpretación de la ley, bajo la nueva hermenéutica, debe entenderse como un proceso en forma de espiral en el que el sujeto y el objeto de la interpretación se aproximan dentro de un horizonte en el que se integran un cúmulo de factores jurídicos, tanto formales como materiales.” (Ulloa Cuéllar, 2003). De esta forma es probable comprender los vacíos e inconsistencias de la gestión ambiental en el SEC, a partir del análisis crítico de sus instrumentos de regulación y, además, revisar estos instrumentos en su papel de herramientas para la gestión ambiental, el resultado debe ser la identificación de una conceptualización constitucional y legal adecuada para su desarrollo, aplicación y eficacia, de igual manera, se puede determinar cuáles son los ajustes necesarios a los instrumentos de regulación conforme con el modelo de Estado Social de Derecho y de Constitución verde o Constitución ecológica que le subyace, inclusive, este análisis necesariamente nos ha de conducir a un cuestionamiento del modelo antropocentrista de desarrollo en oposición a un modelo biocentrista del mismo.

No obstante y las anteriores pretensiones es necesario señalar que, en lo que va corrido de la investigación, se han detectado un par de limitaciones que pueden obstaculizar la consecución de los objetivos que se buscan, de un lado está el hecho incontrastable de que las exigencias en materia ambiental para el SEC son en verdad recientes en nuestro medio y que ello no ha permitido un debate prolífico bajo el cual se haya conformado un gran universo de decisiones judiciales

relacionadas con los instrumentos de regulación ambiental del SEC, lo cual obliga, y es el segundo de los obstáculos, a acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha resultado las controversias originadas en los conflictos de interés que ha generado la aplicación de la Constitución verde en el marco del Estado Social de Derecho, esto nos introduce en una perspectiva conceptual sumamente amplia en la cual se corre el riesgo de perder de vista los compromisos de la investigación y las particularidades que demanda el análisis que se encuentra en ejecución, además de poner un mayor grado de dificultad a la interpretación hermenéutica a realizar toda vez que ella debe ser contextualizada al caso particular del SEC.

2. BREVE CONTEXTO SOBRE LA ACTUALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN AMBIENTAL DEL SEC

Tanto la bibliografía recopilada para la presentación del anteproyecto de investigación, como la que va consultada hasta el momento, da cuenta de lo relativamente poco que se ha adelantado en el estudio de los instrumentos de regulación ambiental que aplican al SEC.

Salvo los matices obvios de cada país, podría afirmarse que los temas que tradicionalmente han ocupado y ocupan la reflexión sobre el sector eléctrico, no solo en Colombia, sino en el resto de Latinoamérica, son los siguientes: modelo estatista y modelo de mercado, planes de expansión, el papel del Estado y la inversión privada, el mercado eléctrico competitivo, los segmentos regulados, la atención a los pobres y la fijación tarifaria. El análisis de estos asuntos ha sido conducido por la búsqueda continua de la fórmula “que permita cumplir con los objetivos fundamentales de prestar un servicio confiable eficiente y accesible a toda la población” (Millán, 2006.)

Para el caso colombiano, la expedición de la leyes 142, de servicios públicos domiciliarios, y 143, de electricidad, ambas en el año de 1994, marcaron un hito en el SEC, debido a que su entrada en vigencia fue el ocaso del modelo estatista colombiano, por lo menos formalmente hablando, y la entrada en escena del promisorio modelo de mercado, caracterizado no sólo por desarrollarse en un marco de libre competencia, ampliación de cobertura y concurrencia de diferentes agentes económicos: públicos, privados y mixtos; sino por “Asegurar la adecuada incorporación de los

aspectos ambientales en la planeación y gestión de las actividades del sector” (literal e. artículo 3, ley de electricidad); la misma ley de electricidad señala que son actividades del sector: la generación, la interconexión, la transmisión, distribución y comercialización de electricidad (art. 1). Con todo, en cada una de ellas, el componente ambiental debe ser gestionado inclusive desde la etapa de planeación.

La ley de electricidad en su capítulo 10, hace un desarrollo de los aspectos ambientales aplicables al SEC, consagra en su artículo 50 que los agentes económicos que realicen alguna de las actividades señaladas están obligados a cumplir las estipulaciones sobre la materia, con el fin de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

De otro lado, en el documento CONPES 3120, denominado: Estrategia para el Mejoramiento de la Gestión Ambiental del Sector Eléctrico, se encuentra una primera aproximación, tanto al estado actual, como a los desafíos que enfrenta el SEC en punto a sus instrumentos de gestión. En lo que tiene relación con los instrumentos de regulación, concretamente con las *normas de control social*¹, recomendó, por ejemplo, que el Ministerio de Minas y Energía “debe reglamentar el artículo 53 de la ley 143/94, para promover la participación de las comunidades durante la fase de estudio y ejecución de proyectos de generación e interconexión” (CONPES 3120, 2001), hasta el momento tal recomendación no ha sido acatada, la laguna normativa que de esta manera se produce, se ha subsanado con la aplicación de los instrumentos establecidos por la ley 99 de 1993 y los convenios internacionales suscritos por Colombia, en punto a: intervención de terceros en los procedimientos administrativos, la audiencia pública y la consulta previa con comunidades indígenas y negras, instituciones que están lejos de consolidarse debido a la ausencia de programas de fortalecimiento y de flujo de información suficiente y oportuna para la toma de decisiones, tal vez el ejemplo más elocuente sobre esta situación y las consecuencias que la omisión de los preceptos constitucionales y legales sobre participación pueden acarrear, es la declaratoria de inexequibilidad, por medio de la sentencia C-030 de 2008, de la Ley 1021 de 2006, o ley general forestal, en uno de los apartes de esta sentencia de la Corte Constitucional, se lee: “De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que

en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT. Hubo, si, un proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación”.

El documento CONPES, en punto a *normas de comando y control*, y en particular aquellas que regulan aspectos relacionados con residuos peligrosos, estableció que “aun cuando se tiene una regulación marco y la lista del Convenio de Basilea es una herramienta fundamental para determinar la peligrosidad de un residuo, es necesario contar con una regulación específica que permita el control y manejo adecuado de este tipo de residuos” (CONPES 3120, 2001); solo hasta el año 2008, se expidió la Ley 1252 del 18 de noviembre, por medio de la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones, la reciente entrada en vigencia del texto citado obliga la debida prudencia sobre los efectos normativos que hasta el momento ha producido, ya que de esta normatividad se espera tanto especificidad como estándares para el manejo de residuos sólidos y peligrosos que incluyan el manejo de PCB’s.

En torno a los *instrumentos administrativos* como las licencias ambientales y planes de manejo ambiental, el CONPES 3120 encontró limitaciones debido a la exigencia de licencia ambiental a proyectos que podrían manejarse con otro instrumento, falta de mecanismos para fortalecer los procesos de evaluación y seguimiento ambiental, baja calidad de muchos de los estudios de impacto ambiental y por consiguiente poca utilidad en la planeación de los proyectos, incluida la internalización de los costos ambientales y dificultades

en el seguimiento y control de los proyectos licenciados, las dificultades para internalizar la gestión ambiental por parte del SEC y las diferencias regionales en la aplicación de la norma en el cobro del servicio de evaluación y seguimiento de la licencia ambiental. El Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, le recomendó que en “en coordinación con las CAR [Corporaciones Ambientales Regionales], debe definir los mecanismos para fortalecer la evaluación y seguimiento a los proyectos licenciados del SE” (CONPES 3120, 2001), sugerencia que está por constatarse en su realización práctica.

3. ESTADO SOCIAL DE DERECHO O ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

Es ya un puro lugar común hacer notar los enormes retos que se consagraron en la Constitución de 1991 para la organización política de nuestra Nación, la entrada en vigor formal de un Estado social de derecho, el cual conlleva una Constitución verde o Constitución ecológica, son dos de los elementos de nuestra organización política que requieren un examen más detenido desde una mirada del derecho del medio ambiente y las implicaciones que ello ha tenido en punto a los instrumentos de regulación ambiental del SEC y de los demás actores económicos en general. Ahora, esta mirada no está exenta de dificultades ya que los contornos del Estado social de derecho aun no están del todo definidos, aunque tanto la jurisdicción constitucional como los pensadores del tema han avanzado en algunas precisiones.

Por su parte, la Corte Constitucional en uno de sus pronunciamientos primigenios realizó un primer acercamiento conceptual al Estado social de derecho y estableció: “La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L’Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.” (CORTE CONSTITUCIONAL, 1992)

A renglón seguido, el máximo tribunal constitucional esclarece lo referente a la consagración del Estado social de derecho y su incidencia cuantitativa y cualitativa en

1. No es afortunado el documento CONPES 3120, al utilizar los términos *normas de control social* para referirse a algunas de las normas de participación social ambiental. Si bien uno de las funciones generales del ordenamiento jurídico es la del control social, ello aquí se confunde con los institutos de dicho ordenamiento que provee los mecanismos legales para que los miembros de un Estado participen en sus decisiones, en desarrollo de los postulados de la democracia participativa.

la organización sociopolítica, en torno al primer aspecto dice: “Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975)” (Corte Constitucional, 1992). En torno al segundo aspecto, es decir al cualitativo, establece: “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política” (Corte Constitucional, 1992).

De la última de las citas se desprenden en principio las dos siguientes observaciones. De un lado, la idea de que más bien deberíamos seguir hablando no ya de Estado social de derecho², sino de Estado Democrático y Social de Derecho (en adelante EDSD), con la idea de recoger expresamente y en profundidad la parte cualitativa que enuncia la Corte Constitucional en su pronunciamiento³, de otro lado, es menester señalar que para los efectos de esta investigación, el punto de vista cualitativo que integra el modelo del EDSD, es de particular significación debido a que este componente es el que nos ubica en el terreno de la intervención estatal con el fin de hacer efectivos los derechos humanos de segunda y tercera generación⁴, democracia participativa, control jurídico en el ejercicio del poder y del catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política actual.

Ahora, el hecho de que el interés recaiga en el componente cualitativo del EDSD, no significa que no se estime de igual o superior trascendencia el

componente cuantitativo del mismo, en tal sentido se anota que, garantizar derechos mínimos salariales, de alimentación, de salud, de habitación y de educación para todos los ciudadanos, es un prerrequisito de disfrute efectivo de los demás derechos que nuestra organización política está en mora de cumplir y que está lejos de su materialización, un ejemplo de ello es que en la actualidad “al menos ocho millones de colombianos viven en la indigencia y otros 20 millones son pobres” (Semana.com, 2009).

4. LOS DESAFIOS INTERPRETATIVOS INTRODUCIDOS POR EL EDSD

4.1. El primer nivel hermenéutico

En nuestra tradición legal la interpretación de los instrumentos jurídicos generalmente se ha adelantado desde un primer nivel hermenéutico: “es la interpretación meditada hecha a los textos, especialmente hecha a los escritos... la hacen especialmente las cortes, encargadas de interpretar según sus conocimientos jurídicos y conceptos humanos, sociales, políticos e ideológicos” (Dueñas Ruíz, 2004). Dicha interpretación tiene sus orígenes en la exacerbación de las posturas formalistas y positivistas al momento de estimar las fuentes del derecho y su jerarquía, en la base de esta postura está la concepción de que la ley es la suprema fuente formal del derecho, y que solo es ley válida aplicable al caso concreto, la norma jurídica que emane sucesivamente de aquellas de mayor jerarquía, he aquí la razón por la cual el ordenamiento legal se visualiza como una pirámide invertida en cuya cúspide se encuentra la CP y debajo las demás normas que le son inferiores y que emanan su validez de la anterior que al mismo tiempo le es superior. El formalismo positivista le da cabida

2. Aunque si el lector hace un somero seguimiento de este término, encontrara que tanto altos dignatarios del Estado, como académicos y legisladores, por decir los menos, hablan de "Estado de derecho", en una clara y conveniente alusión al reino de la "Ley" sin cualidades ni cantidades.

3. El profesor Oscar José Dueñas Ruíz, utiliza esta misma fórmula: Estado Democrático y Social de Derecho, para designar nuestro actual modelo de Estado, estoy seguro que tal proceder pasa por más sustanciales razones que las aquí expuestas. Ver: DUEÑAS RUÍZ, Oscar José. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Centro Editorial Universidad de Rosario, 2004. p. 15.

4. El derecho a un medio ambiente sano hace parte de la tercera generación de derechos, artículo 79 CP, aunque somos conscientes de que los autores del tema actualmente entienden superada la distinción entre generaciones de derechos y se habla por ejemplo de la fundamentalidad del derecho al medio ambiente sano.

de manera meramente subsidiaria a las demás fuentes formales del derecho, principalmente a la jurisprudencia, por ello frente a un conflicto de interpretación entre la ley 142 y 143 de 1994, se procede tal cual lo señaló Javier Henao Hidrón, como Consejero Ponente, en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 9 de febrero de 1995: “El intérprete puede regirse por normas de interpretación como las siguientes: a. Cuando las palabras de la ley hayan sido expresamente definidas para ciertas materias por el legislador, se les dará en ésta su significado legal. b. Cuando sobre la forma de interpretación no haya norma expresa en la misma ley o en otra nueva ley, es menester recurrir a los principios generales consagrados en la Constitución y en la ley (especialmente en las Leyes 57 y 153 de 1887 y en el capítulo 4o. del título preliminar del Código Civil, “Interpretación de la ley”). Subsidiariamente, podrá acudir a la jurisprudencia y la doctrina que se vaya formando en torno a las dos leyes a que se refiere la consulta. c. Cuando se trate de fijar el sentido de cada una de las partes de una ley, su contexto servirá para ilustrarlas, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. d. Cuando no pudieren aplicarse los principios y reglas hermenéuticas, los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Nótese como lo planteado desde el componente cualitativo del EDSO, es un cuestionamiento profundo a las exacerbadas posiciones formalistas positivistas (tan de recibo, desde hace tanto tiempo, en los facultades de derecho y en los demás ambientes académicos y jurisdiccionales de nuestro medio), si el componente cualitativo introduce, por ejemplo, el control jurídico en el ejercicio del poder y el catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política, dicho control jurídico, en punto al proceso jurisdiccional, se cristaliza en la jurisprudencia emitida con fundamento en principios y derechos fundamentales, de ahí el papel preponderante que muchos autores le han señalado a la jurisdicción desde la entrada en vigencia de la CP de 1991, y de ahí además, la idea de encontrar los insumos en la jurisprudencia constitucional, para reelaborar lo relacionado con los instrumentos de regulación ambiental del SEC.

4.2 El segundo y tercer nivel hermenéutico

Con razón entonces este estudio parte del supuesto de que a la jurisprudencia no se acude subsidiariamente, el primer plano en el que pone la óptica cualitativa del EDSO a la labor jurisdiccional así lo permite anunciar, ahora, conocemos perfectamente la implicaciones que frente a la validez del derecho tiene lo planteado⁵, pero adelantar la revisión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en punto a derecho de un medio ambiente sano, implica analizar comprensivamente tanto las demás categorías que integran la visión cualitativa del EDSO: intervención estatal jurisdiccional con el fin de hacer efectivos los derechos humanos de segunda y tercera generación (el derecho a un medio ambiente sano es uno de estos derechos), democracia participativa ambiental, control jurídico en el ejercicio del poder y el catálogo de principios y de derechos fundamentales, como la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, categorías constitucionales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

La determinación de las subreglas de derecho originadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nos ayudarán a hacer una lectura más clara de los desarrollos legales y doctrinarios adelantados hasta el momento en torno a nuestra Constitución verde y en consecuencia nos ayudarán a ilustrar lo relacionado con los instrumentos de regulación ambiental aplicables al SEC. Esto, en un país cuya tradición es de estirpe formalista-positivista, no deja de causar escozor ya que esta forma de abordar el problema, en última instancia, replantea la añeja y acendrada idea de que la ley es la fuente fundamental del derecho y que su validez es tal, si emana de la norma jerárquicamente superior. “No debe olvidarse que el sistema de fuentes del derecho, es decir, la determinación jurídica de cual voluntad debe tenerse como jurídicamente obligatoria, por sobre otras, es uno de los recursos políticos más importantes al interior de un Estado. Su potencia simbólica y legitimadora quizá la hagan tan solo comparable con la fuerza de coacción física que posee quien controla el ejército de un estado.” (López Medina, 2006).

5. Un sector de la doctrina entiende que las subreglas de derecho halladas tras los análisis con las técnicas del precedente jurisprudencial no son derecho, ya que no corresponden a ninguno de los órdenes jerárquicos de la pirámide que fundamenta la validez de las normas en nuestro ordenamiento jurídico

5. UNA POSIBLE MANERA DE PROCEDER⁶

5.1. Estado social de derecho y el derecho colectivo a un ambiente sano

Recordemos que la forma tradicional como se han estudiado los derechos consagrados en la Constitución Política, habla de derechos de primera, segunda y tercera generación, a los primeros corresponden los derechos fundamentales como el de la vida, a los segundos corresponde los denominados derechos económicos, políticos y culturales como el derecho a la seguridad social, y a la tercera corresponden derechos como el del medio ambiente sano. Pese a que las modernas teorías de los derechos constitucionales hablan, por ejemplo, de la fundamentalidad del derecho al medio ambiente sano, aun no se ha logrado un consenso internacional, y mucho menos nacional sobre la materia; el anterior panorama obliga a realizar por los menos dos análisis: el primero de ellos consiste en determinar el lugar que, según la doctrina nacional e internacional, ocupa en la actualidad el derecho a un medio ambiente sano, el segundo y principal de los análisis, consistirá en determinar el lugar que ocupa dicho derecho no ya desde la perspectiva doctrinal, sino bajo la mirada jurisprudencial que, según nuestra óptica, conlleva un carácter de exigibilidad por parte del aparato jurisdiccional del Estado a través de sus agentes e instituciones y en última instancia de los ciudadanos por medio de los mecanismos de participación; en las técnicas de investigación de las líneas jurisprudenciales se apoyará esta labor. Es necesario también abordar el problema del modelo de desarrollo que inspira la internalización de las externalidades que produce el sector eléctrico colombiano, lo anterior debido a que si en el ESDS se acoge un modelo de desarrollo sustentable, este debe prevalecer sobre la idea de internalizar pérdidas utilizando instrumentos como los planes de manejo ambiental.

6. Las técnicas para determinar el precedente jurisprudencial apenas están siendo consideradas por los juristas en nuestro medio como herramientas útiles en su labor de operadores jurídicos en los diferentes escenarios, la que enseguida se expone se inspira en lo establecido por el profesor Diego Eduardo López Medina, en su reconocido texto titulado: El Derecho de los Jueces.

5.2. Los instrumentos administrativos de regulación ambiental

Una vez precisado el estatus doctrinal y jurisprudencial del derecho a un medio ambiente sano, es necesario concretar las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado, si es que ello ha sucedido, en torno a los instrumentos administrativos de regulación ambiental tales como licencias ambientales y planes de manejo ambiental, para observar, de acuerdo a los resultados que muestren las técnicas de investigación de las líneas, los balances en los diferentes escenarios constitucionales que se encuentren y poder determinar así el posible origen de las distorsiones en la aplicación de estos instrumentos administrativos por parte de las autoridades ambientales.

5.3. Las normas de comando y control como instrumentos de gestión ambiental del sector eléctrico

De nuevo deben precisarse la líneas jurisprudenciales que se han derivado de los escenarios constitucionales relacionados con las normas de comando y control aplicables al sector eléctrico, los hallazgos así realizados deben confrontarse con las líneas jurisprudenciales obtenidas en torno al derecho a un ambiente sano para observar los desbalances constitucionales en torno a los escenarios constitucionales en cuestión.

5.4. Los instrumentos de control social como instrumentos de gestión ambiental del sector eléctrico

Quizás el instrumento de gestión ambiental que mas relación tenga con el Estado social de derecho y dentro de él, con las consideraciones sobre el derecho a un medio ambiente sano, sea el de la participación, la doctrina nacional no ha vacilado en calificar este como en derecho instrumental del derecho a un medio ambiente sano en la medida en que el ser humano es incluido dentro de la dimensión medio ambiental como uno de sus actores claves.

De nuevo entonces es necesario determinar las líneas jurisprudenciales relacionadas con la participación ciudadana, los escenarios constitucionales a utilizar pueden ser perfectamente los relacionados con los litigios derivados de la intervención de terceros en los procedimientos administrativos, la audiencia pública y la consulta previa con comunidades indígenas y

negras, pero no es prudente para nada agotar la mirada en estas tres instituciones legales, ya que en el corazón del EDSO y del derecho a un ambiente sano se encuentra la participación y, en consecuencia, explorar otras líneas jurisprudenciales desarrolladas con ocasión de diferentes escenarios constitucionales, pueden resultar provechosas a este estudio y con ello al SEC.

En síntesis, el desarrollo de esta investigación está centrado en el trazo de las diferentes líneas jurisprudenciales que se han derivado de los posibles escenarios constitucionales en los cuales se han debatido los instrumentos de regulación ambiental del sistema eléctrico colombiano, todo en el marco del EDSO y en particular bajo las consideraciones que en él se han realizado acerca del derecho a un medio ambiente sano, con el objetivo de lograr una mayor eficacia en la aplicación de los instrumentos de regulación, para apoyar de esta manera la gestión ambiental del SEC.

4. CONCLUSIONES

- La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, conlleva un cambio de paradigma en la comprensión de los instrumentos de gestión ambiental, y en particular, de los instrumentos de regulación ambiental aplicables al SEC y a los demás sectores de la economía.
- La consagración del EDSO, trae aparejada una doble visión: una cuantitativa que describe la necesidad de garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, a todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad; una visión cualitativa, que involucra la intervención estatal con el fin de hacer efectivos los derechos humanos de segunda y tercera generación, la democracia participativa, el control jurídico en el ejercicio del poder y del catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política actual.
- Un inicio de entendimiento del compromiso ambiental del SEC, pasa por abordar la interpretación de sus instrumentos de regulación ambiental, no desde la perspectiva tradicional del positivista-formalista del derecho, sino desde la perspectiva cualitativa introducida por la Constitución 1991, bajo la cual la hermenéutica de segundo nivel (interpretación de la jurisprudencia constitucional en nuestro caso), cobra inusitada vigencia.
- Las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado en el debate de derechos como el de la participación ciudadana en las decisiones que los afecten y el derecho a un medio ambiente sano, pueden aportar las subreglas de derecho necesarias para una adecuada aplicación de los instrumentos de regulación ambiental de SEC.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco la ayuda para la investigación proveniente del Fondo ISA-UN, el apoyo del director de la investigación, profesor Héctor Iván Velásquez Arredondo, y el irrestricto apoyo de Sol Natalia.

BIBLIOGRAFÍA

- Amaya N., Ó. D., 2003. La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado. En: Universidad Externado de Colombia. Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo IV. Bogotá. pp. 11-52.
- Ayala, U. y Millán, J., 2003. La sostenibilidad de las reformas del sector eléctrico en Colombia. Fedesarrollo. Cuadernos Fedesarrollo # 9. Bogotá.
- Colombia. C., R. Ley 21 de 1991. Por medio de 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. [Consulta 24 de agosto de 2009]. <http://www.lexbasecolombia.info>
- Colombia. C. R. 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. [Consulta 24 de agosto de 2009]. <http://www.lexbasecolombia.info>
- Colombia. C. R. Ley 143 de 1994. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. [Consulta 22 de octubre de 2008]. http://www.juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html

- Colombia. C. R. Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Consulta 22 de octubre de 2009]. <http://www.lexbasecolombia.info>
- Colombia. C. R. Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. [Consulta 22 de julio de 2009]. <http://www.lexbasecolombia.info>
- Colombia. D. N., P. Conpes 3120: Estrategia para el mejoramiento de la gestión ambiental del sector eléctrico. [Consulta 29 de julio de 2008]. <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Biblioteca/Catalogoenl%C3%ADnea/tabid/523/Default.aspx>
- Colombia. C. E. Sala de Consulta y Servicio Civil. M. P. Javier Henao Hidrón. [Consulta 13 de abril de 2009]. <http://www.lexbasecolombia.info/salaconsultasc/1995/ce-sc-rad1995-n665.htm>
- Colombia. C. C. Sentencia T-406 de 1992. [Consulta 1 de marzo de 2009]. http://www.juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/legislacion/normas_buscar.html
- Gadamer, H.-G., 1977. Verdad y Método. En: Ediciones Sígueme. Tomo I. Salamanca.
- Dueñas R., O. J., 2004. Hermenéutica jurídica. En: Centro Editorial Universidad de Rosario. Bogotá. 15 P.
- Galeano M., M. E., 2008. Diseño de proyectos en la investigación cualitativa. En: Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín.
- Gómez S., F., 2009. Constitución Política de Colombia Anotada. En: Leyer. Bogotá.
- Kelsen, H., 2007. Teoría Pura del Derecho: Porrúa, 15 ed. México
- Millán, J. 2006. Entre el Estado y el Mercado: Tres décadas de reformas en el sector eléctrico de América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. p. Xiii. Washington. D.C.
- López M., D. E., 2006. El Derecho de los Jueces. Universidad de los Andes. Legis. 2 ed. pág. 21. Bogotá.
- Sabogal H., A. R., 1999. Política, legislación y gestión ambiental en Colombia. En: Universidad Externado de Colombia. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo 1. p. 97-180. Bogotá.
- Semana.com. Menos pobreza y más indigencia en Colombia. [Consulta 15 de octubre de 2009]. <http://www.semana.com/noticias-economia/menos-pobreza-indigencia-colombia/127777.aspx>
- Ulloa, C., A. L., s.a. Breves notas sobre la nueva Hermenéutica Jurídica. [Consulta 14 de mayo de 2009]. <http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/proyectos/007.pdf>

