

Distr.
RESTRINGIDA

LC/R.1388
12 de mayo de 1994

ORIGINAL: ESPAÑOL

C E P A L

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS "EL QUE CONTAMINA, PAGA"
Y "PRECAUTORIO" PARA LA GESTION AMBIENTAL
DE LOS RESIDUOS INDUSTRIALES SOLIDOS DE COLOMBIA.
UN ENFOQUE LEGAL

Este documento fue preparado por el señor Gonzalo Cubillos, consultor de la Unidad Conjunta CEPAL/PNUMA de Desarrollo y Medio Ambiente de la División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos, en el marco del proyecto "Políticas para la gestión ambientalmente adecuada de los residuos", Fase II, que realiza la CEPAL con el apoyo de la Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ). Las opiniones expresadas en este trabajo, el cual no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

INDICE

INTRODUCCION	1
I. BREVE ANALISIS DE LA LEGISLACION DE COLOMBIA REFERIDA A RESIDUOS INDUSTRIALES SOLIDOS	4
A. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION	4
B. LEY QUE CREA EL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE	5
1. Tasas retributivas o compensatorias	6
2. Licencia ambiental	7
C. CODIGO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DE PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE	7
D. CODIGO SANITARIO NACIONAL	8
E. DECRETO SOBRE DISPOSICIONES SANITARIAS RELATIVAS A BASURAS	10
F. RESOLUCION SOBRE RESIDUOS ESPECIALES	14
II. ANALISIS DEL SISTEMA SANCIONATORIO Y DE ACCESO A LA JUDICATURA	16
A. ACCIONES PREVENTIVAS	16
1. Acciones de rango constitucional	16
2. De carácter civil	17
3. De carácter administrativo	17
B. ACCIONES REPARATORIAS	17
1. De carácter constitucional	18
2. De carácter civil	18
3. De carácter administrativo	18
III. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS "PRECAUTORIO" Y "EL QUE CONTAMINA, PAGA"	20
A. INSTRUMENTOS Y NORMAS	20
1. Principio "Precautorio"	20
2. Principio "el que contamina, paga".	21
B. CARENCIAS	23
1. Falta de manifiesto.	23
2. Control de la contaminación	24
3. Normas sobre uso del suelo para lugares de disposición final de residuos	24
4. Tasa retributiva o compensatoria	25
IV. CONCLUSIONES	26
Notas	27
ANEXO: RECOPIACION DE LA LEGISLACION CITADA	31

INTRODUCCION*

El proceso formativo de toda nueva disciplina jurídica requiere de determinados principios que sirvan de guía y base para la formulación de las diversas normas jurídicas que regularán las materias a tratar. Los principios en que se basa el Derecho Ambiental están ligados muy fuertemente a los principios del movimiento ambientalista, ya que probablemente el Derecho no sea sino uno de los últimos eslabones para la gestión ambiental. Ello, por cuanto el Derecho es, ante todo, un instrumento de ejecución de las políticas previamente adoptadas.

En esa óptica, la Declaración de Río, concordada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es una manifestación de ello, al contener los principios básicos de toda política ambiental.¹

La mencionada Declaración reafirmó el principio "el que contamina, paga", según se indica en el numeral 16, el cual expresa:

"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

Este principio ya ha sido analizado largamente en otras publicaciones,² por lo que repetir lo ya dicho resulta innecesario. A modo de recapitulación digamos que el mencionado principio busca traspasar el costo de las llamadas externalidades

* Esta introducción aparece también en los trabajos "Aplicabilidad de los principios 'el que contamina, paga' y 'precautorio' para la gestión ambiental de los residuos industriales sólidos de la ciudad de Córdoba, Argentina. Un enfoque global", (LC/R.1390 de 25 de mayo de 1994) y "Aplicabilidad de los principios 'el que contamina, paga' y 'precautorio' para la gestión ambiental de los residuos industriales sólidos en el Municipio de Campinas, Estado de Sao Paulo, Brasil. Un enfoque legal", (LC/R.1389 de 18 de mayo de 1994).

negativas, que en principio soporta la colectividad en su conjunto, a los agentes potencialmente contaminadores, de modo que ellos internalicen los costos sociales que generan sus actividades.

Los costos que se pretende internalizar son aquéllos provenientes de la contaminación causada, de modo que ella ya no ocurra, y comprende, también, los provenientes del control de la actividad potencialmente contaminante. Es decir, se deberán asumir los costos tanto en la etapa de prevención de la contaminación como en el control de la misma.

Cabe advertir, desde ya, que el principio en cuestión no dice relación con la obligación que pesa sobre los agentes contaminadores, que han causado daño, de reparar esos perjuicios. No comprende la idea, en términos jurídicos, de indemnizar los daños ocasionados, concepto clásico en el Derecho, y que se remonta a la época románica. Tal tergiversación del principio, presente en alguna literatura, probablemente proviene del nombre dado al principio en cuestión, que se denominaba "de la responsabilidad del causante", o "contaminador, pagador". Tampoco comprende la idea de sanción, ya sea de tipo penal o administrativa. Sin embargo, como se verá mas adelante, para una correcta implementación del principio "el que contamina, paga" es necesario contar con un eficiente, eficaz y operativo sistema sancionatorio, que cumpla la función de prevención general. El agente potencialmente contaminador debe tener la percepción de que cumplir con el principio en cuestión le resulta, mas allá de toda consideración ética, económicamente mas favorable que no aplicarlo.

No se trata tampoco de que quién pueda pagar está facultado para contaminar. El deber del Estado como garante del Bien Común, adoptar las medidas, entre ellas las legales, para asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente sano,³ que entre otras cosas comprende, que esté libre de contaminación.

De lo que se trata, en definitiva, es que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto.⁴ Dicho en otros términos, la modernización de la transformación productiva debe asumirla el propio sector potencialmente contaminador.

Para la reasignación de los costos de la contaminación existen diversos mecanismos, referidos en unos casos al ámbito de su prevención, y en otros al de su control.

Los instrumentos más utilizados en el primer caso, son el establecimiento de diversos tipos de normas, ya sea de calidad, de emisión, de proceso, de producto, etc. Todas ellas persiguen que no exista un daño a la salud humana o que el medio ambiente permanezca inalterado, o recupere las propiedades físicas, químicas o biológicas perdidas, que permita decir que estamos en presencia

de un ambiente sano, equilibrado, el cual ha sido modificado, o es posible de serlo por la actividad humana. Mediante la dictación de estas normas es dable suponer, en caso de que se cumplan, que no se ocasionará daños ni a la salud humana ni al ambiente.

En el segundo caso, esto es en relación a los costos que implica el control de la contaminación, se trata de evitar que el Estado, y en consecuencia la colectividad, paguen los costos de ello. El objetivo es hacer operar mecanismos para que los propios agentes sean quienes los asuman. Los mecanismos utilizados son el autocontrol con rendición de cuenta a la autoridad, el pago de una determinada suma en caso de que sea algún servicio público quien lo realice, figura que se mira como contrapartida a la prestación de un servicio, o bien, que sean entes particulares, pagados por los propios fiscalizados, los que controlen el cumplimiento de la normativa.

Si bien el principio "el que contamina, paga" tiene un significado eminentemente económico, su viabilidad jurídica está íntimamente ligada a un criterio de precaución, el cual también fue recogido en la Declaración de Río, al expresarse en el numeral 15 lo siguiente:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

Es por ello que el marco dentro del cual se analizará la legislación ambiental colombiana referida a residuos industriales sólidos, comprende tanto el principio "el que contamina, paga" como el principio "precautorio". Para ello, se realizará una breve reseña de los principales textos jurídicos que regulan la materia, evaluando, a partir de ellos, la aplicabilidad de tales principios.

I. BREVE ANALISIS DE LA LEGISLACION DE COLOMBIA REFERIDA A RESIDUOS INDUSTRIALES SOLIDOS

En el presente capítulo se esbozarán los más importantes rasgos que presentan diversos textos legales que inciden en el manejo de los residuos industriales, indicando los principales instrumentos de aplicación.

Para ello, y constatando la existencia de un sistema normativo jerárquico, en cuyo vértice superior se encuentra la Constitución Política de la República, el análisis debe necesariamente partir por la normativa de contenido ambiental que consagra dicho texto, por cuanto constituye el fundamento de todo el ordenamiento posterior.

A. EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION

Al igual que en numerosas constituciones políticas dictadas con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo de 1972, la de Colombia, del año 1991, incorpora en su texto normas relativas al medio ambiente, al consagrar, en el capítulo referido a los derechos colectivos y del ambiente, que "todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano".⁵ Tal derecho, si bien no se encuentra dentro del capítulo referido a los Derechos Fundamentales, su relación directa con el derecho a la vida, lo ubica dentro de aquéllos cuya protección puede invocarse en el marco de la acción de tutela, según jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional.⁶

Es probablemente este aspecto el más importante de la normativa constitucional, ya que como se ha dicho, el problema de los derechos constitucionales no es tanto su formulación escrita, sino el establecer los mecanismos adecuados de protección. En tal sentido la doctrina jurisprudencial, al acoger acciones de tutela cuando exista una vulneración o amenaza de la garantía a gozar de un ambiente sano, no hace sino potenciar el derecho constitucional.

A lo anterior se une el establecimiento de la obligación estatal de "proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la

educación para el logro de estos fines".⁷ Norma que tiene importancia en materia de desechos domiciliarios, por cuanto en otros textos legales se le impone a las municipalidades -miembros del Estado- el deber de velar por el aseo y limpieza de la ciudad, obligación que si no se cumple, permite recurrir a los tribunales para solicitar que se adopten las medidas respectivas.

Finalmente, en la Constitución se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y de desechos tóxicos, disposición que responde a una necesidad de protección del medio ambiente y de la salud de los habitantes de Colombia.⁸ Sin embargo, y como se verá más adelante, tal disposición puede presentar algunos problemas de interpretación, en especial en lo relativo a la definición de los términos.

B. LEY QUE CREA EL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE⁹

Con fecha reciente se ha promulgado la Ley N° 99 del año 1993, mediante 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.

No se pretende en este trabajo hacer un análisis exhaustivo de dicha ley porque no constituye su objetivo. Sin embargo, se analizarán los principales instrumentos que constituyen una adecuada ayuda para la concretización de los principios que aquí se analizan, el "que contamina, paga" y el "precautorio".

Desde el punto de vista programático, la reciente ley constituye un avance en relación a la legislación anterior, por cuanto incorpora de modo textual el principio "el que contamina, paga" como uno de los principios generales ambientales de la política ambiental colombiana. En efecto, en su artículo 1 se expresa:

"1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo".

Como la Declaración de Río contiene el principio "el que contamina, paga", la referencia anterior supone también una referencia a tal principio.

Sin embargo, el principio en cuestión se refuerza en la medida que el numeral 7 del mismo artículo indica:

"7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables".

Por su parte, la aplicación del principio precautorio también constituye uno de los fundamentos de tal política, ya sea por la referencia a la Declaración de Río, como por lo dispuesto en el numeral 6 del citado artículo:

"6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando existe peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente".

A su vez, el principio "precautorio" se fortalece al establecerse que los estudios de impacto ambiental serán los instrumentos básicos para la toma de decisiones respecto de la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.

Ahora bien, la concreción de tales principios se expresa fundamentalmente a través de dos instrumentos; las tasas retributivas o compensatorias y las licencias ambientales.

1. Tasas retributivas o compensatorias

Las tasas retributivas o compensatorias se establecen en el artículo 42 de la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente como un mecanismo de compensación monetaria por el uso de recursos naturales renovables, o bien, por impactar a la capacidad asimilativa de la naturaleza, de modo de que tal capacidad disminuye en tiempo y lugar determinados.

En efecto, se expresa en tal artículo:

"La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas".

Para la determinación de las tasas retributivas se debe establecer una fórmula matemática que recoja el valor de

depreciación del recurso afectado y los costos sociales y ambientales del daño que se ocasione.

Cabe indicar que la tasa retributiva se aplicará a la emisión causada dentro de los límites que permite la ley, sin perjuicio de las sanciones aplicables a las actividades que excedan dichos límites. Lo anterior por cuanto, si bien el establecimiento de diversas normas supone tolerar algún grado de emisión, ello no implica dejar de reconocer que se causa una alteración del medio ambiente de todas maneras. La tasa retributiva pretende compensar los daños ambientales causados por debajo de la norma, en que si bien la actividad que la causa no es ilícita, si debe pagar por el margen de emisión -se insiste, dentro de los estándares permitidos- generada.

Este instrumento ya se utiliza en algunos textos legales, como por ejemplo, en la reglamentación de los efluentes líquidos y en las emisiones atmosféricas, pero no en lo relativo a residuos sólidos.

2. Licencia ambiental

Un segundo instrumento que se desarrolla en la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente son las licencias ambientales, cuya obtención constituye un requisito para "la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje ...".¹⁰ En consecuencia, la licencia ambiental es el instrumento administrativo por excelencia que permite aplicar el principio "precautorio", toda vez que para obtenerla se deberá presentar un estudio de impacto ambiental, el cual será evaluado por el mencionado Ministerio.

Este instrumento -el estudio de impacto ambiental- si bien es recogido ya en alguna legislación ambiental de Colombia, es desarrollado en forma más acabada en la Ley N° 99 del año 1993, en especial, al establecer un procedimiento para su otorgamiento, ya que la licencia es plenamente compatible con los otros permisos o autorizaciones requeridas, sin perjuicio de establecer las modalidades para obtenerlos todos conjuntamente.

C. CODIGO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DE PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE¹¹

El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente significó el primer esfuerzo de presentar un marco legislativo coherente y omnicomprensivo de la temática

ambiental en Colombia. Si bien constituye un texto marco que no entra a desarrollar los diferentes aspectos que trata, sienta las bases para su posterior desarrollo, ya sea a través de nuevas leyes o nuevas reglamentaciones.

En lo referido a residuos industriales establece algunas reglas básicas.¹² En primer lugar, se indica que se deberán utilizar los mejores métodos, de acuerdo con los avances de la ciencia y la tecnología, para la recolección, tratamiento, procesamiento o disposición final de residuos, basuras, desperdicios y, en general, de desechos de cualquier clase. Tal disposición, sin duda de orden programático, si bien expresa una intención deseable, su posibilidad de aplicarse resulta, a lo menos, cuestionable. Quizás, resulta más acorde a la situación de los países de la región hablar de las tecnologías adecuadas, tanto desde el punto de vista de su implementación técnica como de su viabilidad financiera. Ello, ya que incluso en la legislación ambiental de la Unión Europea se establece que la necesidad de crear una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación de residuos, teniendo en cuenta las mejores tecnologías disponibles, debe hacerse en la medida que no implique costos excesivos.¹³

En segundo lugar, se expresa en tal Código la necesidad de fomentar la investigación científica y técnica a fin de minimizar la generación de residuos, como de propender a su reutilización.

En tercer lugar, se establece que se requiere de una autorización para proceder a la descarga de desechos cuando se deterioren los suelos, o se cause daño o molestia a individuos o núcleos humanos. Finalmente, en la disposición o procesamiento final de residuos, se utilizarán métodos que permitan evitar el deterioro del ambiente y de la salud humana, reutilizar sus componentes, producir nuevos bienes y restaurar o mejorar suelos.

D. CODIGO SANITARIO NACIONAL¹⁴

Como se señaló con anterioridad, si bien el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente constituye un texto marco que sirve de referencia al resto de la normativa de contenido ambiental, su falta de especificidad debía ser suplida por nuevas reglamentaciones. En tal sentido, el Código Sanitario Nacional del año 1979, viene a desarrollar aún mas los principios a partir de los cuales se debería regir la materia que nos ocupa.

En efecto, incorpora como uno de sus fundamentos, aparte de la preocupación de la salud pública, la protección del medio ambiente, al establecer que "todo habitante tiene el derecho a vivir en un ambiente sano en la forma en que las leyes y reglamentos especiales determinen y el deber de proteger y mejorar el medio ambiente que

lo rodea".¹⁵ Esta disposición amplía el marco básico de las leyes sanitarias, las cuales en sus orígenes tenían sólo una preocupación por el aspecto de higiene pública; en este Código se incorpora la preocupación ambiental en forma adicional a la anterior. Sin embargo, esta preocupación que se expresa en las condiciones sanitarias del ambiente, sólo está centrada en asegurar el bienestar y la salud humana, y no el medio ambiente en sí mismo.¹⁶

Resulta decisivo en tal sentido que el Título I se denomine "De la protección del ambiente", siendo en éste en donde se encuentran las disposiciones sobre residuos sólidos.¹⁷ Ellas, nuevamente de modo general, establecen las reglas a que se sujetará la recolección, el transporte, el almacenamiento y disposición final de los residuos. Sin embargo, no dice nada sobre la generación de residuos, materia como se verá más adelante abordan textos de menor jerarquía.

Sin embargo, el Código Sanitario Nacional avanza notoriamente en la asignación de responsabilidades, al determinar que "quienes produzcan basuras con características especiales, en los términos que señale el Ministerio de Salud, serán responsables de su recolección, transporte y disposición final".¹⁸ Esta determinación de los responsables de este tipo de residuos facilita el manejo de ellos, ya que si bien en los órganos del Estado recaen potestades normativas, fiscalizadoras y sancionatorias, se establece claramente que la gestión recae en quienes produzcan los residuos de tales características.

Sin perjuicio de ello, se reitera lo expuesto en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente en el sentido que tales actividades, para ser desarrolladas requieren de autorización, entregando además, al Ministerio de Salud, la potestad de reglamentar lo referido a los diversos residuos y a cada una de las etapas del ciclo de vida de ellos, pudiendo dictar las normas técnicas que resulten necesarias.¹⁹

Como medida preventiva se establece que, previo a la instalación y funcionamiento de todo establecimiento, se requiere de licencia sanitaria expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad en que éste delegue tal función, la cual deberá ser expedida previa comprobación del cumplimiento de las disposiciones del mencionado Código y de sus reglamentos.²⁰

En caso de duda o temor por el incumplimiento de la normativa, el Código permite la adopción de medidas de seguridad, todas de carácter preventivo y transitorias. Entre ellas, la clausura temporal del establecimiento, la suspensión parcial o total de trabajos o de servicios, el decomiso de objetos o productos, la destrucción o desnaturalización de artículos y productos, y la congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.²¹

Finalmente, si como resultado de un proceso administrativo, se determina la responsabilidad infraccional de alguna persona, se le podrán imponer diversas sanciones. De ellas, las más importantes son las multas sucesivas hasta por una suma equivalente a 10.000 salarios mínimos legales, la suspensión o cancelación de la licencia, y el cierre temporal o definitivo del establecimiento respectivo.²² Todo lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar.

En definitiva, la importancia del Código Sanitario Nacional es que entrega al Ministerio de Salud la potestad de reglamentar lo relativo a los residuos sólidos, indica quién es el responsable de los residuos con características especiales, establece la necesidad de contar con autorizaciones y licencias para el funcionamiento de todo establecimiento, y fija las sanciones a las cuales puede verse expuesto el infractor de la regulación respectiva, tanto del mismo Código como de los reglamentos que se dicten al efecto.

E. DECRETO SOBRE DISPOSICIONES SANITARIAS RELATIVAS A BASURAS²³

El presente Decreto constituye el corolario de la legislación enunciada anteriormente, al desarrollar de modo completo y orgánico el tema de los residuos sólidos, constituyendo ello por sí mismo un gran avance, pues mas allá de deficiencias que se puedan presentar, responde a un esfuerzo de dar organicidad a un aspecto de la legislación ambiental, que en general, en los países de la región se caracteriza por su dispersión e incoherencia.

En tal sentido, este Decreto parte definiendo diversos términos del modo que se indica a continuación:

a) Basura. Se entiende por basura todo residuo sólido o semisólido, putrescible o no putrescible, con excepción de excrementos de origen humano o animal. Se comprenden en la misma definición los desperdicios, desechos, cenizas, elementos del barrido de calles, residuos industriales, de establecimientos hospitalarios y de plazas de mercado, entre otros.

b) Residuo sólido. Se entiende por residuo sólido todo objeto, sustancia o elemento en estado sólido, que se abandona, bota o rechaza.

c) Desecho. Se entiende por desecho cualquier producto deficiente, inservible o inutilizado que su poseedor destina al abandono o del cual quiere desprenderse.

Asimismo, distingue entre diversos tipos de residuos sólidos, ya sea atendiendo al origen de los mismos, o bien, a sus

características especiales, ya sean intrínsecas o de composición física, a saber:

- Residuos sólidos atendiendo al origen:
 - (i) Residuos sólidos domiciliarios
 - (ii) Residuos sólidos comerciales
 - (iii) Residuos sólidos institucionales
 - (iv) Residuos sólidos industriales

- Residuos sólidos con características especiales:
 - i) Atendiendo a su composición intrínseca:
 - Patógenos
 - Tóxicos
 - Combustible
 - Inflamable
 - Explosivo
 - Radiactivo
 - Volatilizable

 - ii) Atendiendo a su composición física:
 - De gran volumen
 - De gran peso
 - De gran tamaño

Si bien la clasificación que se hace de los residuos sólidos es bastante omnicompreensiva, su integración con otras normas dista de ser satisfactoria, en especial con la normativa de carácter constitucional, que como se señaló anteriormente, prohíbe el ingreso al territorio nacional de Colombia de desechos tóxicos. Si se pretende realizar una interpretación armoniosa de todo el ordenamiento jurídico de un país, las definiciones de un texto deben servir para ilustrar el contenido de otros, y en consecuencia, como primera aproximación se podría decir que la prohibición constitucional no resulta tan estricta como parece.

Otra interpretación, ahora más basada en la intención que se tuvo al momento de dictar la norma en cuestión, llevaría a la conclusión que la voz "desechos tóxicos", de que habla la Constitución se refiere a lo que -en la legislación internacional- se conoce como residuos o desechos peligrosos. Por ejemplo, Convenio de Basilea.

Lo anterior no es sino una demostración de que, como primera necesidad en la legislación que regule el tema de los residuos sólidos, se cuente con definiciones claras.

Una de ellas lo constituye la definición de desecho y de residuo, términos que en general se asimilan, lo que no ocurre en la legislación de Colombia, que denomina residuos sólidos a los objetos, sustancias o elementos que se abandonan, botan o rechazan,

en tanto que los desechos serían los productos inservibles, comprendiéndose en los residuos, los desechos, por ser los primeros más generales.

La conceptualización de los residuos se basa fundamentalmente en cuatro criterios, a saber, jurídicos, económicos, de identificación y enumeración, y productivos, pudiendo encontrarse definiciones que utilizan más de uno.

Desde el punto de vista de los criterios jurídicos se habla de residuo cuando en la misma legislación se impone una obligación de abandono de los mismos, como sucede con los medicamentos vencidos que ya no pueden ser usados; en tal caso tales medicamentos son considerados residuos, constituyendo un adecuado criterio. Por otro lado, confundiendo con el criterio económico, también se utiliza la noción de deseo de desprenderse de una determinada materia, la que se abandonará por su poseedor. Una vez abandonada estaríamos en presencia de bienes jurídicamente catalogados como cosas de nadie, que pueden apoderarse de ellos quienes los aprehendan materialmente con la intención de hacerse dueños. Este es el criterio sostenido en el marco de la Unión Europea, al indicarse que se entiende por residuo "cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención de desprenderse".²⁴

De los criterios jurídicos, el segundo presenta algunas deficiencias, toda vez que para que opere se requiere, a lo menos, un deseo de desprenderse del residuo. Sin embargo, como uno de los principios básicos en la gestión de los residuos peligrosos es el de proximidad, que significa que los residuos deben ser tratados y dispuestos lo más cerca del lugar en donde se generaron, puede ocurrir que ello suceda en la misma industria generadora, o en terrenos distintos pero propios, sin que por ello haya un deseo de desprenderse de su dominio, ni menos su desprendimiento efectivo. En tal situación no estaríamos en presencia de un residuo, y en consecuencia, estrictas normas que regulen el transporte de los mismos, su adecuada disposición final, o bien, normas de seguridad interna de la empresa sobre residuos, no serían aplicables.

Desde el punto de vista del criterio económico, son utilizados nociones como "sin valor", "con valor marginal", "utilizables como materia prima".²⁵ Este criterio es utilizado en alguna legislación pero, resulta de suyo peligroso atendido a que determinados bienes que pueden ser considerados residuos no lo serían en la medida que pudieran ser destinados a reciclaje o a materia prima, con lo cual si tendrían valor económico, y quedarían excluidos de la noción de residuo, escapando, por esa vía, de la reglamentación y fiscalización correspondiente. Tal criterio se refleja claramente en la creación de las llamadas bolsas de subproductos, que constituyen residuos que pueden tener un uso posterior, pero que quedan fuera de su regulación. La objeción anterior no pretende

bajo ningún respecto estimular la creación de bolsas de residuos con el objeto de que se reutilicen materias ya usadas, pero ello no supone excluir la aplicación de las regulaciones, generalmente estrictas, sobre residuos peligrosos.

A la vez, otro criterio utilizado es el de crear listados de productos que constituyen residuos. Sin embargo, tal criterio, sin duda de mucha utilidad, pues permite identificar a los distintos tipos de residuos atendiendo a su origen y a su peligrosidad, no resulta del todo claro ante la necesidad de conceptualizar el término mismo.

Finalmente, el último criterio utilizado dice relación con la característica de procedencia de una determinada materia. En tal sentido se podría decir que residuos son todas aquellas materias resultantes de determinadas actividades, que no constituyen el producto a elaborar u obtener, y que su poseedor no utilizará nuevamente en ellas.

Volviendo al caso de Colombia, y atendida la distinción entre los diversos residuos, el servicio de aseo se clasifica en ordinario y en especial. Se comprende como residuos especiales, a los empaques de productos químicos y a las basuras que presenten dificultades por su ubicación para ser recolectados.

En su reglamentación se sigue un criterio de integralidad, al regular el almacenamiento, la presentación, la recolección, el transporte, la transferencia, el tratamiento, la disposición sanitaria, el barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recuperación. A lo anterior, habría que agregar la generación de los residuos, en especial si como expresión de una política de residuos se pretende seguir un criterio de precaución, poniendo el énfasis en la minimización. Sin embargo, probablemente las políticas en tal sentido son fundamentalmente de carácter indirecto, y en consecuencia, al regular de modo estricto a las diversas etapas del ciclo de vida del residuo se estará propiciando una disminución en su generación.

Uno de los puntos sobresalientes de este reglamento es la imposición a una autoridad pública de la responsabilidad del manejo de los residuos ordinarios, independientemente si ello es realizado por ella misma o a través de un contratista de aseo.²⁶ Tal disposición resulta del todo necesaria, pues más allá de la evaluación acerca de que si gestión del manejo de los residuos debe ser realizado por entes públicos o privados, permanece la responsabilidad pública, tanto en el necesario control a los contratistas, como en cuanto a la responsabilidad que les cabe frente a la ciudadanía.

Lo anterior se completa en la medida que la misma entidad encargada del manejo de los residuos debe establecer un reglamento para el funcionamiento del sistema.²⁷ Sin embargo, tal imposición

de responsabilidad a una autoridad pública no comprende a los residuos especiales, ya que su adecuado manejo le compete a los generadores de los mismos.

En relación a los residuos especiales, sujetos al servicio especial de aseo, son regulados de modo más estricto, al establecerse normas sobre el almacenamiento de ellos, sobre los requisitos de las áreas de almacenamiento, al prohibirse almacenar residuos que al interactuar puedan ocasionar situaciones peligrosas. Adicionalmente, y reiterando lo expresado en otros textos legales, se exige la aprobación por parte del Ministerio de Salud al sistema de manejo de este tipo de residuos.²⁸

Asimismo, se establece que se podrá exigir a las entidades de aseo la presentación de un estudio de impacto ambiental, previo a la autorización de funcionamiento.²⁹

Finalmente, se reitera lo expuesto en el Código Sanitario Nacional al establecerse que le corresponde al Ministerio de Salud y a sus entidades delegadas, ejercer la vigilancia y control general indispensables para el cumplimiento de la normativa, pudiendo para ello imponer medidas de seguridad que prevengan la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación que atente contra la salud pública, o bien, la imposición de una sanción ante la presencia de una infracción determinada.

F. RESOLUCION SOBRE RESIDUOS ESPECIALES³⁰

Esta resolución avanza en la reglamentación de los residuos peligrosos, los que en la legislación colombiana quedan comprendidos en los denominados especiales, por cuanto éstos exceden el marco de aquéllos. En efecto, a los conocidos como peligrosos (tóxicos, inflamables, etc.) incorpora a aquéllos cuyo manejo presenta algún grado de dificultad. En tal sentido los residuos especiales son definidos como los objetos, elementos o sustancias que se abandonan, botan, desechan, descartan o rechazan y que sean patógenos, tóxicos, combustibles, inflamables, explosivos, radiactivos o volatizables, y los empaques y envases que los hayan contenido, como también los lodos, cenizas y similares, quedando incluidos, también, los residuos que en forma líquida o gaseosa se empaquen o envasen.³¹

Al igual que en la resolución sobre disposición sanitaria de basuras, la presente define residuo en los mismos términos que aquella, utilizando un criterio económico para su definición. Tal cual se analizó más adelante, tal criterio por sí sólo no resulta suficiente para conceptualizar lo que es en sí mismo un desecho o residuo.

Sin embargo, esta resolución avanza en la regulación de los residuos especiales al incluir como objeto de reglamentación, en el término manejo de ellos, a la generación de los mismos, estableciendo incompatibilidades entre ellos.

Desde el punto de vista de su manejo, trata las diversas etapas del ciclo de vida del residuo (generación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición sanitaria), obligando a los operadores a estar inscritos en un registro especial y contar con una autorización de funcionamiento de la autoridad de salud. Ello permite realizar un control previo a la iniciación de las actividades de manejo en cada una de las etapas del manejo, concretizando de ese modo el principio precautorio.

En esa óptica, especial mención merece la obligación que pesa sobre el almacenador, quien debe presentar un manual para la prevención de accidentes y para resolver situaciones de emergencia.³² Tal criterio precautorio se recoge también en la obligación que pesa sobre quien realiza la disposición final, quien además de un manual de seguridad, debe indicar el uso posterior del sitio de disposición final, de modo que ello no sea un problema cuando el lugar de destino de los residuos ya haya sido cerrado.³³

El indicar de que sólo personas inscritas en el registro respectivo y que cuenten con autorización sanitaria expresa, podrán realizar alguna acción de manejo de residuos especiales, más allá de facilitar el control por parte de la autoridad sanitaria, resuelve el problema de la responsabilidad en caso de accidentes.

En efecto, se establece como principio general que el generador de los residuos es el responsable por la contaminación que se ocasione en el manejo de ellos, salvo que tal circunstancia ocurra en alguna etapa como consecuencia de la acción de un manejador de residuos especiales que esté debidamente inscrito y autorizado, caso en el cual sólo este último será responsable.³⁴

Finalmente concluye esta resolución estableciendo que le corresponde al Ministerio de Salud el control de los residuos especiales, pudiendo para ello realizar las inspecciones y recabar los antecedentes que fuesen pertinentes. Como consecuencia de ello puede imponer medidas de seguridad, en su caso, o en definitiva, las sanciones que fuesen procedentes por infracción a la resolución respectiva. Sanciones de tipo administrativo, que son absolutamente compatibles con la consecuente responsabilidad civil o penal que fuere procedente.

II. ANALISIS DEL SISTEMA SANCIONATORIO Y DE ACCESO A LA JUDICATURA

Como se expresara anteriormente, para recoger el principio "el que contamina, paga" y el principio "precautorio" no basta la existencia de una profusa legislación que permita a las autoridades públicas dictar normas y ejercer potestades de control. Además, y con el objeto de trasladar los costos de la contaminación, es necesario contar con un régimen de responsabilidad, de todo tipo, que sea a la vez intimidatorio y eficaz, lo cual permita adicionalmente, la aplicación del principio "precautorio".

Lo anterior por cuanto para la real aplicabilidad del principio "el que contamina, paga" y el "precautorio" es necesario la concurrencia de innumerables variables, muchas de las cuales dicen relación con los problemas de aplicabilidad y de eficiencia en general del Derecho Ambiental.

En tal sentido, y a fin de evaluar la implementación del principio "precautorio", cabe analizar si existen los instrumentos legales para solicitar la acción de entes estatales a fin de que se adopten las medidas necesarias que prevengan la ocurrencia de un daño al medio ambiente, u ocurrido éste, las medidas reparatorias o indemnizatorias pertinentes.

A. ACCIONES PREVENTIVAS

Desde el punto de vista de la prevención, existen en la legislación colombiana, determinados instrumentos que permiten actuar en forma previa a que el daño ambiental se ocasione, reconociendo acciones constitucionales, civiles y de tipo administrativo.

1. Acciones de rango constitucional

La primera acción que surge como un adecuado instrumento es la acción de tutela, que permite a toda persona reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siendo procedente, además, en contra de particulares encargados de la prestación de un

servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.^{35 36}

Unido a lo anterior, y también desde la óptica preventiva, el ejercicio del derecho de petición con el fin de precaver la ocurrencia de una daño, no es sino la consagración general del deber de prevención y de resguardo de la garantía constitucional.

2. De carácter civil

De igual modo, y también desde un punto de vista preventivo, la misma Constitución reconoce las acciones populares como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados, entre otros, con los del ambiente. Este tipo de acciones, que se recogen en el Código Civil desde el siglo pasado, sin que hayan sido utilizados significativamente durante su vigencia, han adquirido alguna notoriedad en el último tiempo, por la actividad de entidades de carácter privado que han ejercido tales acciones en defensa del interés colectivo.³⁷

Mediante este tipo de acciones "cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimado para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual simultáneamente protege su propio interés, obteniendo en ciertos casos el beneficio adicional de la recompensa que en determinados eventos ofrece la ley (...)".

Las acciones populares son hoy el mecanismo procesal y jurídico más importante del derecho anglosajón, con los cuales el público en general puede enfrentar los daños colectivos producidos por la acción u omisión de grandes centros de poder económico.³⁸ Respecto de la prevención, la acción popular toma el nombre de acción de daño contingente, la cual busca prever la ocurrencia de tal daño.

3. De carácter administrativo

Como vimos con anterioridad, se faculta al Ministerio de Salud la adopción de medidas de seguridad para prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación que atente contra la salud pública. Para ello, se reconoce a cualquier persona la capacidad para el inicio del proceso investigativo.³⁹

B. ACCIONES REPARATORIAS

A su vez, desde el ámbito reparatorio, la misma Constitución esboza determinadas acciones que sirvan para reparar el mal causado. De ellas, las más sobresalientes son la acción de tutela, no ya para

prever un daño, sino para poner fin a la acción de un acto contaminante y las acciones populares tendientes a poner fin a la contaminación, y sobre todo, reparar monetariamente el mal causado. A ellas se debe agregar las acciones propias del Derecho Civil de responsabilidad extracontractual.

1. De carácter constitucional

Desde la óptica constitucional las acciones de tutela pretenden que se dicte una orden para que quién vulnera uno de los derechos fundamentales se abstenga de seguir realizando el acto inconstitucional. En tal sentido, y atendida su tramitación breve, busca poner fin de inmediato a las acciones u omisiones rebasadoras de las garantías constitucionales.

2. De carácter civil

En caso de que se haya dañado un patrimonio específico, producto de una acción contaminante, el sistema normativo colombiano presenta desde la óptica civil, la acción indemnizatoria de los perjuicios que se hayan causado; todo ello en el marco clásico de la responsabilidad por los delitos y cuasidelitos civiles.

En lo referido a residuos industriales, la normativa pertinente establece que será responsable de la contaminación causada en una o varias de las actividades comprendidas en el manejo de los residuos, quién genere tales residuos, salvo que haya contratado con personas debidamente autorizadas.

Adicionalmente, en el artículo 21 de tal normativa, se establece un régimen de responsabilidad objetiva, esto es, no es necesario probar la culpa o el dolo en quién ha ocasionado el daño, sólo basta probar éste y que ha habido una relación de causalidad entre la acción y el daño para que se acoja la demanda, siendo un reflejo de la tendencia de incorporar la responsabilidad objetiva en actividades riesgosas. Lo anterior se refuerza en la medida que se establece que las personas que realizan todo o parte del manejo de residuos especiales adquieren la propiedad de los mismos desde el momento de su recolección.⁴⁰

3. De carácter administrativo

Sin embargo, la responsabilidad puede ser también de orden administrativo, al estar en presencia de infracciones establecidas en los cuerpos legales anteriormente descritos y cuya investigación y sanción le corresponde a la Administración Pública. En tal sentido, la propia normativa de residuos industriales se encarga de establecer las infracciones, el procedimiento a seguir, y las

consecuentes sanciones que deben ser impuestas en caso de acreditarse la responsabilidad.

Las sanciones que se pueden imponer por las infracciones a la normativa sobre residuos especiales son:

- i) Multas, de hasta 10.000 salarios diarios mínimos legales, al máximo valor vigente al momento de imponerse;
- ii) Cancelación de la autorización sanitaria;
- iii) Cierre temporal o definitivo del establecimiento.

Todas estas sanciones no impiden la procedencia de los otros tipos de responsabilidad, ya sea de orden civil o penal.

III. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS "PRECAUTORIO" Y "EL QUE CONTAMINA, PAGA"

De acuerdo a lo esbozado previamente corresponde evaluar si existen las condiciones para la aplicabilidad del principio "precautorio" y del principio "el que contamina, paga" en relación a los residuos industriales y especiales de carácter sólido en Colombia. Para ello, se analizarán los principales instrumentos de regulación y los tipos de normas existentes, para finalmente enumerar las carencias que se presentan.

Como primera aproximación cabe destacar, como ya se visualizó, que Colombia cuenta con un cuerpo normativo ordenado y coherente que regula este tema, según se expresa en la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente. Uno de los principios generales ambientales es el principio "el que contamina, paga" y el principio "precautorio".

A. INSTRUMENTOS Y NORMAS

1. Principio "precautorio"

Desde el punto de vista de la prevención, la legislación temática da cuenta de la utilización de los siguientes instrumentos:

a) Necesidad de autorización sanitaria

Esta autorización es necesaria para realizar cualquiera de los actos de manejo de residuos especiales, ya sea en la generación, en el almacenamiento, en la recolección, en el transporte, en el tratamiento, en la separación y finalmente, en la disposición final. La autorización sanitaria es otorgada por el Servicio Seccional de Salud o por la Secretaría de Salud de su jurisdicción, previo informe favorable del Ministerio de Salud. En virtud de lo anterior, la autorización sanitaria de funcionamiento puede ser de dos especies, definitiva o provisional.

Cabe indicar que la autorización sanitaria tiene una vigencia de cinco años, prorrogables por periodos iguales.

b) Registro

Al mismo tiempo se exige como un requisito necesaria para ser operador de residuos especiales, el estar inscrito en los mismos organismos públicos recién mencionados. Ello se hace, a lo menos, con un doble propósito. Por una parte, permite fiscalizar de manera focalizada a dichos operadores utilizando de modo más eficiente los recursos; y, a la vez determina los responsables en caso de contaminación. Ello, ya que reiterando lo expuesto -en caso de daños ambientales- será responsable el generador del residuo en todo el ciclo de vida de éste, salvo que dicho daño lo haya generado un operador debidamente autorizado y registrado.

c) Plan de cumplimiento

En caso de que el Ministerio de Salud emita un informe desfavorable al funcionamiento del operador de residuos especiales, éste deberá presentar un Plan de Cumplimiento que tendrá que cumplir en un plazo máximo de cuatro años. Informado favorablemente dicho plan se le otorgará un autorización provisional de funcionamiento.

d) Estudio de impacto ambiental

Adicionalmente a lo indicado en la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente, respecto de la disposición final de los residuos, y de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto sobre disposiciones sanitarias de basuras, se requiere de la presentación de un estudio de impacto ambiental al Ministerio de Salud o a la entidad delegada.

De lo anterior podemos colegir que existen instrumentos administrativos adecuados para prevenir los daños ambientales con ocasión del manejo de residuos industriales y especiales en Colombia. A lo anterior se une lo expresado en el proyecto de ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente en relación a la necesidad de contar con una licencia ambiental.

2. Principio "el que contamina, paga"

A su vez, para la puesta en marcha del principio "el que contamina, paga" la misma reglamentación se encarga de determinar ciertos instrumentos y normas que permiten internalizar, de algún modo "por anticipación", determinados costos ambientales que se podrían generar en la medida que tales normas no existieran. De ellos cabe destacar:

a) Definición y clasificación

La definición y clasificación de los residuos especiales facilita la aplicabilidad de la legislación pertinente, a la vez

que deja abierta la puerta para que el Ministerio de Salud adicione o complemente los residuos que se encuentran en esa categoría.

b) Incompatibilidades

El establecimiento de incompatibilidades entre los residuos - definiéndose como tales, a aquéllos que cuando se mezclan o entran en contacto- pueden reaccionar produciendo efectos dañinos que atentan contra la salud humana, contra el medio ambiente o contra ambos.⁴¹ Para ello, se determinan incompatibilidades teniendo en cuenta la posible generación de calor, la reacción violenta, fuego, explosión, generación de gas hidrógeno o inflamable, generación de cianuro tóxico de hidrógeno o generación de gas de sulfuro de hidrógeno.

Este tipo de normas sin duda que constituyen el marco general para el manejo de los residuos especiales en todas las etapas del ciclo de vida del residuos, a fin de evitar daños ambientales en cada una de ellas.

c) Normas sobre recipientes

Se exige que los recipientes para el almacenamiento de residuos especiales cumplan con determinados requisitos de seguridad, como por ejemplo, impedir la entrada de agua y el escape de líquidos o gases; no provocar reacciones con los residuos que contienen; que tengan color diferente a los que no contengan residuos especiales, con caracteres visibles indicando su contenido.⁴²

d) Normas sobre sitios de almacenamiento

Se prescriben una serie de requisitos para la operación de los sitios de almacenamiento, como exigencias de ventilación, de capacidad, señalización, y otros.⁴³

e) Normas sobre ruta interna para el manejo de residuos

Este punto es de vital importancia, toda vez que la seguridad que se debe poner en el manejo de residuos no sólo debe cristalizarse en los posibles efectos ambientales que se puedan ocasionar en el medio ambiente fuera de la fuente generadora, sino que también en la propia fuente, teniendo en especial consideración, aspectos relativos a la seguridad laboral e industrial.⁴⁴

f) Normas sobre uso del suelo

Para la instalación de plantas de tratamiento y de lugares de disposición final es necesario contar con un certificado de uso del suelo que permita la instalación, ya sea de la planta o del sitio de disposición final. Adicionalmente, para efectos de obtener la

autorización sanitaria de funcionamiento, el interesado deberá allegar los criterios de selección del sitio de ubicación de la instalación, criterios que en la legislación temática no son expuestos, constituyendo ello una carencia necesaria de subsanar.

g) Normas sobre el uso posterior del sitio de disposición final

Uno de las informaciones que debe presentar el interesado en crear un sitio de disposición final es indicar el uso posterior de éste. Sin embargo, al igual que en el punto anterior, no se establecen los criterios para evaluar tal información.

B. CARENCIAS

De los instrumentos y normas esbozados, tanto que signifiquen una concretización del principio "precautorio" como del principio "el que contamina, paga", se colige que en principio existe un adecuado cuerpo normativo para anticipar los costos que se puedan ocasionar por la acción de agentes potencialmente contaminadores. Existe, además, un conjunto de potestades ambientales radicadas en autoridades públicas que permiten normar, fiscalizar, investigar, y en su caso, sancionar. El grado de aplicabilidad o de eficiencia de ellas escapa al análisis de este trabajo, en especial la visualización acerca del nivel de las potestades ambientales, ya sea que se encuentren en un ámbito nacional, o bien, en un ámbito regional o municipal, sobre todo teniendo en cuenta las modificaciones que pueda significar la reciente Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, también se pueden visualizar determinadas carencias para la aplicabilidad de los principios en cuestión, a saber:

1. Falta de manifiesto

Si bien el tratamiento que le da el ordenamiento colombiano al tema de los residuos se basa en un enfoque de ciclo de vida del residuo, al estar regulado éste desde el momento de su generación hasta su disposición final, incluyendo algunas normas sobre usos posteriores de los lugares de vertimiento, la aplicabilidad de tal criterio presenta falencias. No se establece la obligación de que cada uno de los operadores de residuos especiales porte un documento que especifique la cantidad y calidad de los residuos que maneja, documento que en la legislación comparada se denomina manifiesto.

Este manifiesto se utiliza como un instrumento de control con un doble propósito. Por un lado, facilita la tarea de control y fiscalización por parte de las autoridades públicas, ya sea en la generación de los residuos, en su transporte o en su disposición

final, como también constituye un adecuado instrumento de acopio de información. Lo último en atención a que todos los operadores deben enviar una copia de tal documento o manifiesto a la autoridad encargada de fiscalizar, ya sea diariamente o consolidados por períodos mayores, lo cual permite acumular información acerca de la cantidad y calidad de los residuos que se generan, y, a la vez, comparar las informaciones que envían unos y otros.

2. Control de la contaminación

De acuerdo a lo señalado, el principio "el que contamina, paga" busca traspasar los costos que genera, tanto la prevención de la contaminación, como el combate de la misma. Se ha analizado que en general existe la base suficiente como para asignar costos que supongan un traspaso de los mismos en la etapa de prevención, sin embargo, no ocurre lo mismo en la etapa de control.

En efecto, si bien les corresponde a los generadores de residuos especiales proceder a su manejo en forma adecuada, y en consecuencia, sufragar los costos que ello significa, es a la Administración Pública la que le corresponde el control, actitud que también supone un costo, siendo éste asumido por el Estado, y en consecuencia, por la colectividad, no aplicándose el principio "el que contamina, paga".

Remedios para esta situación se pueden encontrar por, a lo menos, dos vías. En primer lugar, establecer un sistema de autocontrol, que suponga un costo para el potencial contaminador. Esta solución está muy fuertemente ligada a la carencia anterior, esto es, la ausencia de un documento de declaración acerca de la cantidad y calidad de residuos que se generan.

En la medida que exista este tipo de documento se le facilita a la autoridad pública la necesaria información que precisa disponer para focalizar la fiscalización. Sin embargo, aún en el caso de que ello ocurriese, y fuere necesario realizar investigaciones, inspecciones, pruebas de laboratorio, etc., por parte de la autoridad, los costos involucrados deberían ser costeados por los controlados. Tal gasto sería mirado como una contraprestación al servicio de control que presta el Estado, y en consecuencia, debería engrosar directamente las arcas de las entidades fiscalizadoras y no incrementar el presupuesto general de la nación, situación en general permitida por el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia.

3. Normas sobre uso del suelo para lugares de disposición final de residuos

Otras de las carencias que se presentan en la legislación sobre residuos especiales, son la relativa a los criterios de

localización de los lugares de disposición final de residuos especiales y de la evaluación del uso posterior de los suelos que han cobijado tales lugares. Cabe advertir, desde ya, que quizás una reglamentación de este tipo se encuentre en textos legales que traten otras materias, como por ejemplo, sobre urbanismo.

Sin embargo, y aún bajo el riesgo de carecer de información, resulta útil señalar que es necesario contar con ellos. Lo anterior por cuanto, los criterios de localización de los lugares de disposición final permite que los entes encargados de evaluar la aprobación o no de un proyecto cuenten con las herramientas adecuadas. Adicionalmente, ello redundará en que los privados que presentan tales proyectos sepan con antelación bajo que criterios serán evaluados, concretizando un principio básico en el Derecho, el de la certeza jurídica.

Finalmente, la existencia de criterios para determinar los usos posteriores de los suelos, lo cual muchas veces está ligado a las características y modalidades de cierre del lugar de disposición final, permitirá que los mismos agentes privados puedan anticipar costos y beneficios que ello les acarreará. La necesidad de traspasar los costos que supone un adecuado manejo de los residuos también comprende que no se generen daños ambientales más allá del ciclo de vida del residuo.

4. Tasa retributiva o compensatoria

Un adecuado instrumento que se podría utilizar en la relativo a residuos sólidos industriales, y especialmente a los especiales, sería establecer una tasa retributiva o compensatoria por la cantidad y calidad de residuos que se generen. El marco que ofrece la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente se presenta, para estos efectos, como propicio para hacer uso de tal tasa.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis que se ha realizado es posible extraer las siguientes conclusiones:

a) Desde el punto de vista normativo, Colombia cuenta con una base adecuada para implementar una gestión adecuada de residuos industriales sólidos. La determinación de que en el generador de los residuos recae la responsabilidad de su manejo, unido a las claras potestades ambientales de que goza la autoridad para normar, fiscalizar y sancionar, constituye un todo orgánico. Lo anterior se refuerza en la medida que existen textos legales, de diversas jerarquías, que tratan esta temática de modo ordenado y sistemático, lo cual facilita la aplicabilidad de la legislación. Lo anterior en caso alguno supone una evaluación de la aplicabilidad de tal legislación, análisis que, por cierto, escapa a la finalidad de este trabajo.

b) Tampoco supone una evaluación acerca del nivel en donde se deben ejercer las potestades ambientales por parte de las autoridades públicas, ya sea a nivel nacional, regional o comunal. Que en el Ministerio de Salud y en sus organismos desconcentrados se radiquen la mayor cantidad de las actuales potestades, no supone necesariamente que ése sea el único nivel en donde se pueden ejercer. La creación del Ministerio del Medio Ambiente y de las Corporaciones Autónomas Regionales a partir de la reciente ley, abre una nueva interrogante acerca de la coordinación de los poderes ambientales públicos. Asimismo, la discusión acerca de las potestades comunales en esta materia adiciona una nueva interrogante. Especialmente, por cuanto la Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente consagra el principio de rigor subsidiario, mediante el cual los organismos de menor jerarquía podrán dictar normas que complementen las vigentes, pero sólo para hacerlas más gravosas.

c) En relación a cómo se recogen los principios que aquí se han analizado cabe decir lo siguiente. Respecto del principio "el que contamina, paga" existe la base legal para su aplicabilidad, especialmente por la existencia de normas que regulan de modo más o menos completo el ciclo de vida del residuo. Sin embargo, y tal como se expresó en las carencias que se presentan respecto de este principio, es necesario avanzar en la implementación de mecanismos

para que el costo que conlleva la tarea de control de la eventual contaminación sea asumido por los generadores, y no por la colectividad en su conjunto. Lo anterior se puede ver fortalecido en la medida que se determinen tasas retributivas para el caso de los residuos especiales.

d) Finalmente, en relación al principio precautorio existe la base para su aplicabilidad, especialmente por la existencia de las acciones de tutela y de las acciones populares. Ellas permiten que se puedan, independiente de que se sufra un daño en el propio patrimonio, requerir de los organismos judiciales que tomen las medidas necesarias para poner fin al acto dañoso o impedir que se concrete la amenaza de daño.

Notas

1. Ver Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, Informe final de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, Naciones Unidas, Nueva York, 1992. Tomo I.
2. Ver Valenzuela, Rafael, "El principio el que contamina, paga", en Revista de la CEPAL N° 49. Naciones Unidas, Santiago, Chile, 1992. Ver también, Michael Betts, The practical interpretation and application of the polluter pays principle, CEPAL, LC/R. 1008, 1991.
3. Así está establecido en el artículo 79 de la Constitución Política de la República de Colombia.
4. Valenzuela, Rafael, op. cit. p. 81.
5. Para analizar las normas constitucionales de contenido ambiental en algunos países de la región, véase Morcillo, Pedro Pablo, Legislación y aspectos institucionales ambientales en algunos países miembros prestatarios del BID, Banco Interamericano de Desarrollo, Comité del Medio Ambiente, Washington, D.C., mayo de 1989.
6. INDERENA, Constitución Ambiental. Para una República Democrática, Participativa y Pluralista, Santafé de Bogotá D.C., Colombia, 1992. p. 26.
7. Ver artículo 79, inciso segundo, de la Constitución Política de Colombia.
8. Ver artículo 81 de la Constitución Política de Colombia.

9. Ley N° 99 del 22 de diciembre 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.
10. Ver artículo 49 de la Ley N° 99 que crea el Ministerio del Medio Ambiente.
11. Dictado mediante Decreto Ley N° 2811 de 1974, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de enero de 1975.
12. Ver los artículos 34 al 38 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
13. Artículo 5 de la Directiva del Consejo 75/442/CEE de 15 de julio de 1975 relativa a residuos, modificada por la Directiva del Consejo 91/156/CEE de 18 de marzo de 1991, en Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General XI, Medio Ambiente, Seguridad Nuclear y Protección Civil, Legislación comunitaria relativa al medio ambiente. Volumen 6, Residuos, Luxemburgo, Bruselas, 1993. pp.14-26.
14. Dictado mediante Ley 9a. de 1979 publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de febrero de 1979.
15. Ver artículo 596 del Código Sanitario Nacional.
16. Ver artículo 1° del Código Sanitario Nacional.
17. Ver artículos 22 al 35 del Código Sanitario Nacional.
18. Ver artículo 31 del Código Sanitario Nacional.
19. Ver artículo 565 del Código Nacional Sanitario.
20. Ver artículos 567 y 568 del Código Sanitario Nacional.
21. Ver artículo 576 del Código Sanitario Nacional.
22. Ver artículo 577 del Código Sanitario Nacional.
23. Decreto N° 2104 del 26 de julio de 1983, publicado en el Diario Oficial del 23 de agosto de 1983.
24. Consejo de las Comunidades Europeas, "Directiva del Consejo 75/442/CEE de 15 de julio de 1975", modificada por la "Directiva del Consejo 91/156/CEE de 18 de marzo de 1991", en Legislación comunitaria relativa al medio ambiente. Volumen 6, residuos, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993, Bruselas, Luxemburgo, p.16.

25. Martín Mateo, Ramón, "El Convenio de Basilea", ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Política Ambiental en América Latina y el Caribe: Puesta en ejecución del Programa 21 y las Convenciones Ambientales Internacionales, Santiago, Chile. 26-28 de mayo de 1993.
26. Ver artículo 7 del Decreto sobre disposiciones sanitarias relativas a basuras.
27. Ver artículo 144 del Decreto sobre disposiciones sanitarias relativas a basuras.
28. Ver artículos 91 a 106 del Decreto sobre disposiciones sanitarias relativas a basuras.
29. Ver artículos 138 a 140 del Decreto sobre disposiciones sanitarias relativas a basuras.
30. Resolución Número 02309 del Ministerio de Salud, de fecha 24 de febrero de 1986, publicada en el Diario Oficial del 20 de mayo de 1986.
31. Ver artículo 2 de la Resolución sobre residuos especiales.
32. Ver artículo 32 de la Resolución sobre residuos especiales.
33. Ver artículo 59 de la Resolución sobre residuos especiales.
34. Ver artículo 19 de la Resolución sobre residuos especiales.
35. Ver artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.
36. La acción de tutela se encuentra regulada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, publicado en el Diario Oficial del 19 de noviembre de 1991; y por el Decreto Extraordinario 306 de 1992, publicado en el Diario Oficial del 19 de febrero de 1992.
37. Digno de destacarse es la Fundación para la Defensa del Interés Público (FUNDEPÚBLICO).
38. Sarmiento, Germán, "Las acciones populares y la defensa del Medio Ambiente", en Derecho y Medio Ambiente, Corporación Ecológica y Cultural "Penca de Sábila", Fundación Friedrich Ebert de Colombia y CEREC, Santafé de Bogotá, Colombia, noviembre de 1992, pp. 228-236.
39. Ver artículo 161 del Decreto que establece disposiciones sanitarias sobre residuos sólidos.
40. Ver artículo 150 del Decreto que establece disposiciones sanitarias sobre basuras.

41. Ver artículo 12 de la Resolución sobre residuos especiales.
42. Ver artículo 34 de la Resolución sobre residuos especiales.
43. Ver artículo 38 de la Resolución sobre residuos especiales.
44. Ver artículo 37 de la Resolución sobre residuos especiales.

ANEXO

RECOPIACION DE LA LEGISLACION CITADA

1. Constitución Política de la República.
2. Ley que 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. Ley N° 99, de 1993, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de diciembre de 1993.
3. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, dictado mediante Decreto Ley N° 2811 de 1974, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de enero de 1975.
4. Código Sanitario Nacional, dictado mediante Ley N° 9, de 1979, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de febrero de 1979.
5. Decreto sobre disposiciones sanitarias sobre basuras, dictado mediante Decreto N° 2104 del 26 de julio de 1983, publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de agosto de 1983.
6. Resolución sobre residuos especiales. Resolución N° 02309, del Ministerio de Salud, de fecha 24 de febrero de 1986, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de mayo de 1986.
7. Decreto por el cual se reglamenta la acción de tutela. Decreto Extraordinario N° 2591 de 1991, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de noviembre de 1991.
8. Decreto por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991. Decreto Extraordinario N° 306 de 1992, publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de febrero de 1992.