

Bogotá, D. C., 15 ABR 2014

MEMORANDO

*Recibi
María
21-04-2014.*

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA *Ab. Orozco*
Directora General ANLA *Ab. 21-14*

*Recibi
Ivón el Castillo A.
091701513
21/04/14.*

MAURICIO MALDONADO CHAYA *Ab. Maldonado*
Subdirector de Evaluación y Seguimiento *Ab. 21-14*

ANDREA CORTÉS SALAZAR *Diego Velasco H.*
Subdirectora Instrumentos, Permisos y Trámites *Ab. 21-2014.*

Coordinadores Técnicos y Líderes Jurídicos de los sectores de
Agroquímicos-Proyectos Especiales- Compensaciones y 1%,
Hidrocarburos, Energía, Infraestructura y Minería *Recibi JORGIA 21-04-2014
ANDRÉS ARIAS.*

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica *Recibi: FAYO Ayud. 21/04/2014*

Recibi. 21-04-2014. [Signature]

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico sobre instrumentos de regulación y control ambiental para proyectos, obras y actividades que captan aguas del mar y que generan descargas y vertimientos al medio marino

En atención a la solicitud de apoyo jurídico realizado a la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, y teniendo en cuenta que en la actualidad existen diferentes interrogantes sobre el tema, se presenta concepto sobre instrumentos de regulación y control ambiental para proyectos, obras y actividades que captan aguas del mar y que generan descargas y vertimientos al medio marino siguiendo el siguiente orden: una primera parte sobre la definición del mar como bien público y soberanía nacional, acudiendo a las definiciones del derecho internacional, a los principios contenidos en el derecho ambiental internacional (DAI) y a las demás disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico nacional; posteriormente se presenta una segunda parte, relativa al análisis de regulación sobre el mar a través del instrumento de control ambiental entre los cuales se realiza un análisis detallado de: i) exigibilidad de la inversión de no menos del 1% para proyectos que captan aguas del mar conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993

y en el Decreto 1900 de 2006; ii) definición y alcance del permiso de concesión sobre aguas marinas; iii) la aplicación de normatividad de regulación directa sobre vertimientos y descargas; iv) la licencia ambiental sobre proyectos, obras o actividades de competencia de la ANLA que generan captación, vertimientos y descargas sobre las aguas del mar; y v) aplicación del instrumento de incentivos-desincentivos por aplicación de tasas retributivos y tasas por utilización del agua; y finalmente, una tercera parte relativa a las competencias funcionales y territoriales de la ANLA y las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y Corporaciones de Desarrollo Sostenible (CDS), para cada uno de los casos planteados.

1. El mar, los bienes públicos y la soberanía nacional

Con el fin de introducir el tema objeto de consulta, en primer lugar, es necesario hacer referencia a las disposiciones normativas que definen al ambiente como un 'bien común', principalmente el artículo 1º del Decreto 2811 de 1974 y Ley 23 de 1973, en las cuales se establece que "el ambiente es patrimonio común" y que el "Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social" incluyendo "la preservación y manejo de los recursos naturales renovables".

En cuanto a los principios ambientales desarrollados por el derecho ambiental internacional (DAI) en particular sobre el principio de 'soberanía', la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre Ambiente Humano en su principio 21, y la Declaración de Río de Janeiro de 1992 Sobre Ambiente y Desarrollo en su principio 2, establecen que los Estados tienen soberanía sobre sus recursos, sobre su política ambiental y sobre sus actividades siempre que no afecten a otros Estados (este última desarrollada teóricamente bajo la denominación de la 'regla del no-daño' o responsabilidad por daños ocasionados a otros países)¹.

Ampliando la relación existente entre la soberanía sobre los bienes de uso público, la jurisprudencia constitucional desarrollada en la Sentencia T-566 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia (CCC) (caso Salas vs Dimar) distingue entre 'dominio eminente' y 'dominio público', es decir que los bienes públicos que forman parte del territorio pertenecen a la Nación y que el bajo el concepto de 'dominio eminente' no es que el Estado sea el titular del territorio en "el sentido de ser 'dueño' de él, sino en el sentido de ejercer soberanía sobre él"². En otras palabras, "el dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o

¹ Tol, R. S. J. y Verheyen, R. (2004). State responsibility and compensation for climate change damage: A legal and economic assessment. *Energy Policy*, 32: 1109-1130. Amsterdam: Elsevier.

² Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1992. *Sentencia T-566 de 1992 [caso Salas vs Dimar]*. Bogotá D. C.: CCC.

administrados [...]. El dominio público, es un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes de dominio privado”. Estos bienes públicos pueden tener diferente grado de afectación, por ejemplo, bienes afectados al uso público o bienes afectados al espacio público^{3 4}.

Desarrollando esta misma idea, el ordenamiento jurídico nacional, especialmente la Constitución Política, establece que el Estado como la Nación tiene soberanía sobre su territorio y los recursos naturales. El inciso 4 del artículo 101 de la Carta Política establece “también son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales”. El artículo 102 ibídem, reconoce que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”. Se resalta sobre el artículo 101 precitado, que la Constitución Política refiere al derecho internacional *in genere*, pero no hace distinción sobre el alcance de tratados ratificados respecto a la integración como parte del bloque de constitucionalidad y tampoco a aquellos instrumentos jurídicos que, pese a no ser ratificados, se constituyen como derecho consuetudinario aplicable al ordenamiento jurídico interno, siendo a su vez oponible frente a otros países.

El anterior punto ha sido aclarado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), por ejemplo, en la Sentencia C-191 de 1998, en la cual se analiza la incidencia de los tratados internacionales frente a sus dos dimensiones de aplicabilidad⁵. De acuerdo con esto, la Corte distingue dos tipos de tratados internacionales: 1) aquellos que establecen los límites o fronteras con otros países y los cuales permiten determinar “*con precisión cuáles son las fronteras de la República de Colombia, toda vez que allí se determinan los puntos o accidentes geográficos a partir de los cuales comienza el territorio nacional y termina el territorio de alguno de los países vecinos*” así como las “*coordenadas geográficas de las áreas marinas y submarinas que forman parte del territorio colombiano*”; y 2) los instrumentos de derecho internacional que recogen y fijan los principios y las reglas generales para definir los límites de la soberanía nacional, permitiendo dirimir o resolver el “*ejercicio del poder público de dos o más Estados en un determinado espacio*”.

La CCC ha dicho que ambos tipos de tratados están incluidos en las disposiciones del artículo 101 constitucional, que habla en sus dos primeros incisos sobre la definición de los límites a través de los tratados internacionales aprobados por el Congreso y

³ Marienhoff, M. S. 1988. *Tratado de derecho administrativo: Dominio público*. V. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁴ Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2013. Sentencia del 6 de marzo de 2013 [caso García vs Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A (Hilton) y otros (Rad. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP))]. Bogotá D.C.: CEC. En el mismo sentido, define el CEC las playas y zonas de bajamar como bienes afectados al uso público con características inadjudicables por accesión.

⁵ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1998. *Sentencia C-191 de 1998 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcial) de la Ley 397 de 1997]*. Bogotá D. C.: CCC.

debidamente ratificados por el Presidente de la República. Conforme a esto, la CCC concluye que *“los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad lato sensu, y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexecutable por violar el artículo 101”* constitucional. Esto según la clasificación sobre el bloque de constitucionalidad del artículo 93 superior que, de acuerdo con la Corte, responde a dos acepciones: a) *stricto sensu* (sentido estricto) como en el caso de las disposiciones del texto constitucional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que no puedan limitarse en estados de excepción y b) *lato sensu* (en sentido amplio), disposiciones que a pesar de no tener rango constitucional sirve de parámetro para el control de constitucionalidad como el caso de las leyes orgánicas y estatutarias.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial en la actualidad existe un gran vacío sobre la interpretación de lo que podría denominarse el 'bloque de constitucionalidad ambiental', es decir, sobre aquellos tratados del derecho ambiental internacional (DAI) ratificados por Colombia que se incorporan a nivel del texto constitucional, ya sea *stricto sensu* o *lato sensu*. En este sentido debe aclararse que, al menos, desde el punto de vista de la dogmática jurídica se debe considerar a los tratados internacionales en materia ambiental como parte integral de los derechos humanos de tercera generación. Sin embargo, la CCC dentro de las razones secundarias (*obiter dictum*) en la Sentencia C-443 de 2009, establece que los tratados internacionales ambientales (como en el caso particular abordado, la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992 y la Convención relativa a los Humedales Ramsar de 1971 y ratificada en 1997) no se constituyen *per se* como parte del bloque de constitucionalidad ni siquiera en el sentido amplio o *lato sensu*, pues para que pueda haber una definición de los *“instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad es menester que la Corte proceda a decidirlo de manera específica -caso por caso-, atendiendo las materias que tratan como otros criterios objetivos y bajo los presupuestos del artículo 93 superior”* razón por la cual, dichas disposiciones sólo pueden ser consideradas como doctrina internacional relevante⁶.

Por otra parte, existen disposiciones legales dentro la conceptualización de los bienes públicos de que tratan los artículos 101 y 102 de la Constitución Política, mediante los cuales se desarrollan aspectos específicos como el tema del subsuelo y los recursos presentes en el fondo del mar. Al respecto el artículo 332 constitucional sostiene que *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”*, y los artículos 137 y 143 del Código de Minas establecen que *“la exploración y explotación de minerales en el lecho y el subsuelo correspondientes a los espacios marinos sobre los cuales ejerce jurisdicción el Estado colombiano”*

⁶ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2009. Sentencia C-443 de 2009 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 Código de Minas]. Bogotá D. C.: CCC.

mantienen una “presunción legal de la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado” que incluye todos “los yacentes en el fondo y el subsuelo de los espacios marinos jurisdiccionales”. Abordando la definición de ‘espacios jurisdiccionales’ del mar que trata el Código de Minas, este incluye las áreas comprendidas por el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental (definición que coincide con las nociones del derecho internacional consuetudinario y las disposiciones constitucionales).

Conforme a esto, se definen jurídicamente cada uno de los conceptos relevantes para el tema de aguas marinas, aunque hay que aclarar que en materia de derecho internacional, Colombia no es parte de las Convenciones sobre el “Mar Territorial y la Zona Contigua” y “de Alta Mar” ambas de 1958, ni del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar de 1982 (CONVEMAR) (tratados que firmó pero que no ratificó), aunque sí de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 (ratificada mediante Ley 9ª de 1961) y por lo tanto, todas las definiciones deben ser remitidas al desarrollo de dicho instrumento y a las disposiciones de la Ley 10 de 1978 sobre mar territorial y zona económica exclusiva. Para aquellos casos en los cuales exista ausencia de definiciones como el de la ‘zona contigua’ de acuerdo con la tradición, debe acudir a la aplicación de los tratados internacionales aun cuando no hayan sido ratificados, pues estos hacen parte del derecho consuetudinario reconocido por los países⁷.

Respecto a la noción del ‘mar territorial’ éste se encuentra definido por el derecho y la costumbre internacional como el sector del océano en el que un Estado ejerce plena soberanía como parte integrante de su territorio y dentro del cual se encuentran las aguas interiores. Según la Ley 10 de 1978 (artículo 1º) “el mar territorial de la Nación colombiana, sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros”, y en este se incluye el espacio sobre el mar, el lecho marino y el subsuelo. En esta misma ley, se establecen las líneas bases para establecer los límites del mar territorial, a partir de la línea bajamar a lo largo de la costa y las líneas bases rectas cuando se trata de franja de islas, en las escotaduras o aberturas de las costas. Estas línea base además, constituye el punto de referencia para establecer las ‘aguas interiores’ hasta la costa. El Decreto 1436 de 1984 además establece las coordenadas por las cuales se delimita la anchura del mar territorial colombiano.

En relación a la zona contigua, esta se encuentra definida en el orden interno por el artículo 140 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), que en todo caso, debe condicionar su interpretación a la aplicación principal de la Ley 10 de 1978, con base en el máximo límite del mar territorial establecido en el artículo 1º, es decir, 22

⁷ Paredes-Mansfield, L. R. 2013. Las zonas contiguas en el Archipiélago de San Andrés y Providencia. *Portafolio* [Diario]. Bogotá D. C.: Portafolio.

kilómetros 224 metros. De igual manera, estas disposiciones se complementan a través del derecho y la costumbre internacional contenidas en la CONVEMAR (artículo 33), que define la zona contigua como la extensión del mar adyacente o contigua al mar territorial que se extiende entre las 12 y las 24 millas náuticas, y en la cual existe una soberanía restringida con derechos exclusivos en materia aduanera, sanitaria, fiscal y migratoria. Sobre el caso del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Decreto 1946 de 2013 (en especial, el artículo 5º, numeral 2) aclara y adopta la definición de la 'zona contigua continua e ininterrumpida' también denominada 'zona contigua integral' por intersección de las diferentes zonas contiguas de la región insular colombiana.

Sobre la zona económica exclusiva, existe una definición dada por los artículos 7º y 8º de la Ley 10 de 1978 como el espacio comprendido hasta "200 millas náuticas medidas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial" en las cuales "la Nación colombiana ejercerá derechos de soberanía para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes; así mismo, ejercerá jurisdicción exclusiva para la investigación científica y para la preservación del medio marino".

Respecto a la 'plataforma continental', el artículo 1º de la Ley 9ª de 1961 por medio de la cual se ratifica la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958 la define como "[...] el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de la zona del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas adyacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas" incluyendo zonas análogas a esta definición "adyacentes a las costas de islas". La Ley 685 de 2001 (Código de Minas), define la plataforma continental como "lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio, hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas (200) millas marinas". En relación a la soberanía del Estado ribereño, tanto la Convención ibídem (artículo 2º, numeral 1) como la Ley 10 de 1978 (artículo 10º) establece que la soberanía se extiende a su plataforma continental para efectos de exploración y explotación de los recursos naturales. Y sobre la definición de 'recursos naturales' la Convención sobre la Plataforma Continental incluye "los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo [...]" así mismo, los organismos vivos, aquellos que en el periodo de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en el subsuelo, o sólo pueden moverse en constante contacto físico con dicho lecho y subsuelo". Y respecto a las actividades de exploración y explotación, los Estados ribereños tienen derecho a construir, mantener y hacer funcionar las respectivas instalaciones y dispositivos, por lo cual, toda actividad incluyendo la de investigación científica, debe contar con su autorización y consentimiento.

En suma, y siguiendo los avances teóricos del derecho internacional, en materia de espacios marítimos existen dos grupos o categorías: 1) los espacios territoriales constituidos por las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental y la zona económica exclusiva); y, 2) los espacios internacionales dentro de los cuales se incluye la zona contigua, alta mar y fondos oceánicos⁸. Siguiendo el derecho consuetudinario de la Convención sobre la Alta Mar de 1958, dentro de las zonas que quedan excluidas de la soberanía de los Estados consideradas en algunos casos como bienes comunes (*res communis*) y 'patrimonio común de la humanidad' y en otros como bienes no regulados (*open access* o *res nullius*), se encuentra la alta mar definida como aquella "parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado" en la cual "[...] ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía".

Conforme a todo lo mencionado, debe tenerse en cuenta los límites de la soberanía colombiana frente a la regulación de las aguas marinas, a fin de establecer las facultades de regulación en su acceso y utilización, teniendo en cuenta además la necesidad de abordar los instrumentos y mecanismos jurídicos de control que deben ser ejercidos por el Estado, y las autoridades ambientales como la ANLA. Según esto, la soberanía será entendida sobre los bienes renovables y no renovables dentro de las aguas jurisdiccionales que, acudiendo a las normas anteriormente abordadas y al ordenamiento jurídico interno, corresponde al "máximo ámbito especial en el cual el Estado ribereño ejerce sus competencias territoriales sin distinguir que sean áreas exclusivas o concurrentes, plenas o fragmentarias", dentro de las cuales se incluye el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental⁹.

Sobre los compromisos adquiridos por Colombia que mantiene en materia del DAI, se citan algunos los tratados internacionales y regionales que ha sido suscrito y ratificado a nivel de legislación interna y que, por tanto, hacen parte del desarrollo de las disposiciones bajo el principio de 'soberanía' de los 'recursos naturales' sobre la materia. Así por ejemplo, se citan como normas relevantes la Ley 17 de 1961 por la cual se ratifica la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Altamar aunque aplicada a zonas excluidas de soberanía fuera de las aguas jurisdiccionales pero que guarden relación con el mar territorial y las aguas interiores de los países ribereños.

Por otra parte, otros tratados que se aplican de manera directa sobre las aguas jurisdiccionales son el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los

⁸ Combacau, J. 1985. *Droit international de la mer*. París: PUF. Citado por la CCC en la Sentencia C-191 de 1998. Sobre la zona contigua como espacio internacional, esta sólo debe ser entendida como zona marítima, sobre la superficie de las aguas.

⁹ Meseguer, J. L. 1981. La legislación pesquera en España. Panorama general. *Memoria del I Coloquio Internacional sobre Legislación Pesquera*. 1: 98-132. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Buques 1973 (MARPOL) ratificado mediante Ley 12 de 1981 entrando en vigor en 1983 (que sustituye el Convenio Internacional para prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1954) el cual regula las descargas de sustancias perjudiciales o de efluentes que convengan tales sustancias” procedente de buques. Otros acuerdos regionales como el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y el Protocolo relativo a la Cooperación para Combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe, ambos aprobados mediante la Ley 56 de 1987, los cuales se aplican a aguas jurisdiccionales dentro de las 200 millas marinas de las costas atlánticas de los Estados Parte, excepto sus aguas interiores, por medio de los cuales se establecen obligaciones respecto a adopción de medidas e implementación de la evaluación de impactos ambientales frente a proyectos de desarrollo a fin de prevenir, reducir y controlar la contaminación producida por buques, por derrames de hidrocarburos, vertimientos, fuentes terrestres, fuentes atmosféricas y relativa a actividades de exploración y explotación de los fondos marinos y del subsuelo.

Ahora, dentro de la regulación sobre los bienes públicos se menciona en particular, la afectación sobre los ‘recursos naturales renovables’ como las aguas del mar y el medio marino, que en términos del numeral 9 literal a) del artículo 3 del Decreto 2811 de 1974, se establece como parte de los recursos renovables del territorio colombiano “los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República”. Del mismo modo los artículos 42 y 267 ibidem reitera esta idea en la siguiente forma: “[...] pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio Nacional [...]” y “son bienes de la Nación los recursos hidrobiológicos existentes en aguas territoriales y jurisdiccionales de la República, marítimas, fluviales o lacustres”.

Es importante tener en cuenta que en toda actuación de las autoridades ambientales deben aplicarse las prescripciones constitucionales que desarrollan obligaciones por parte del Estado frente a los bienes comunes y ambientales regulados bajo el régimen de bienes públicos. De esta manera, la Constitución Política de 1991 establece dentro de los principios y valores constitucionales la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación (artículos 7 y 8); en el artículo 58 ibidem se establece la función ambiental (social y ecológica) de la propiedad tanto pública, como privada y colectiva; también el artículo 63 en materia de bienes públicos y propiedad colectiva que establece las características de ‘inalienable, imprescriptible e inembargable’ bajo las cuales no es permitido al titular del derecho transferir la propiedad ni siquiera bajo las autorizaciones, licencias o contratos de concesión; de igual forma la disposición contenida en el artículo 79 constitucional que establece el derecho a un ambiente sano consolidado a nivel jurisprudencial como derecho fundamental, que además comprende la obligación por parte del Estado para garantizar la protección e integridad de la diversidad e integridad del ambiente; y adicionalmente el artículo 80 que dispone

la facultad así como el deber del Estado para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizando su 'desarrollo sostenible', su conservación, restauración y sustitución, previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental a través de la imposición de las sanciones legales y la exigencia de la reparación de los daños causados.

Además, debe tenerse en cuenta la aplicación de los principios ambientales desarrollados del DAI, y en el ordenamiento jurídico interno. Este aspecto es determinante para la materialización de las prescripciones del derecho y la política ambiental nacional. Acudiendo a la teoría del derecho, los 'principios' se definen como 'mandatos de optimización' por las cuales se busca que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible. Se diferencian de otros tipos de normas como las 'reglas' que son mandatos definitivos que se cumplen o no, y los 'valores' que son criterios axiológicos abstractos que definen lo que es deseable socialmente. La importancia de los principios es que se encuentran en un nivel intermedio de 'eficacia' buscando concretizar las disposiciones abstractas de los valores y sirviendo de interpretación a reglas cuando estas tienen problemas de aplicación, cuando son ambiguas o cuando existen vacíos jurídicos¹⁰.

Entre los principios además existe una jerarquía normativa propia de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, aquéllos que se encuentran en el nivel más alto por contener un reconocimiento constitucional, como en el caso del principio de 'desarrollo sostenible' establecido en el artículo 80 de la Constitución Política de Colombia¹¹. Por otra parte, los principios de orden legal, que han sido incorporados a partir de las Declaraciones del DAI, que si bien, según la tradición internacionalista constituyen elementos del 'derecho suave' (*soft law*) o no vinculante, en el caso de la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, los principios contenidos en la misma constituyen 'derecho fuerte' vinculante (*hard law*) al ser incorporados por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993 como parte de los elementos que deben seguir la política ambiental nacional.

Entre los principios ambientales generales más importantes de la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo se mencionan el 'principio de soberanía' de los países ya referido (principio 2), los principios de 'precaución' y 'prevención' según los cuales "cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica 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" (principio 15 y numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993); el principio de 'equidad intergeneracional' y 'desarrollo sostenible' respondiendo "equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y

¹⁰ Alexy, R. (1992). El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa.

¹¹ Atienza, M. y Manero, J. R. 1991. Sobre principios y reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10: 101-120. San Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante.

futuras” (principio 3 y 4); principio de ‘responsabilidad ambiental’ según la cual “los Estados tienen responsabilidades compartidas pero diferenciadas” pero además procurando “desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales” (principios 7 y 13); el principio de ‘incorporación o internalización de los costos ambientales’ también denominado principio ‘contaminador-pagador’ que establece la necesidad de tratar los costos ambientales a través del desarrollo de instrumentos económicos de regulación ambiental (principio 16 y numeral 7 del artículo 1º de la Ley 99 de 1983), y el principio de ‘evaluación del impacto ambiental’, (principio 17 y numeral 11 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993) por medio del cual tendrá que “emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Otros principios ambientales complementarios que han sido desarrollados por el artículo 9º del Decreto 2811 de 1974, para el uso del ambiente y de los ‘recursos naturales renovables’ incluyen los principios de eficiencia, interdependencia, prioridad ambiental, planeación de los recursos, interés general y derechos de terceros, y el principio de sostenibilidad ambiental descrito en el literal e) ibídem, por medio del cual se determinan los límites sobre el aprovechamiento de ‘los recursos naturales renovables’ que “no se podrán utilizar por encima de los límites permisibles, que al alterar las calidades físicas, químicas o biológicas naturales, produzcan el agotamiento o el deterioro grave de esos recursos o se perturbe el derecho a ulterior utilización en cuanto ésta convenga al interés público”.

2. Análisis de la regulación a través del instrumento de control ambiental sobre utilización de aguas del mar y actividades que afectan los bienes marinos

El acceso y utilización de las aguas del mar en Colombia, no se encuentra regulada específicamente en los desarrollos normativos internos actuales; sin embargo, es necesario establecer si aplican o no algunas disposiciones de instrumentos de regulación o control ambiental de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y demás decisiones contenidas en actos administrativos. Partiendo de las disposiciones constitucionales, del DAI y de la legislación y reglamentos sobre el principio de soberanía sobre los recursos naturales y sobre la aguas y demás bienes del mar, en su definición como bienes públicos y territoriales, las actividades que impliquen una afectación considerable sobre ellos, deben tener un control, autorización y seguimiento por parte del Estado a través de los instrumentos generales que sean aplicables. Este criterio está referido, por ejemplo, en el artículo 164 del Decreto ley 2811 de 1974, en el cual se afirma que “corresponde al Estado la protección del ambiente marino constituido por las aguas, por el suelo, el subsuelo y

el espacio aéreo del mar territorial y el de la zona económica, y por las playas y recursos naturales renovables de la zona”.

Como se desprende de la normatividad en general, los ‘bienes comunes y ambientales’ y particularmente los ‘bienes públicos’, deben estar regulados por el Estado a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y las demás normas ambientales. En cuanto a la administración de este tipo de bienes, las instituciones estatales son quienes tienen la facultad para hacerlo y dentro de ellas se encuentran, en esencia, las autoridades ambientales como la ANLA (de acuerdo con la competencia funcional establecida por los Decretos 2811 de 1974, 2820 de 2010 y 3573 de 2011 sobre licenciamiento ambiental de actividades en el mar y sobre los permisos para uso de aguas superficiales marinas).

Existen diferentes tipos de instrumentos de control y regulación relacionados con la utilización de las aguas marinas que deben analizarse ante la falta de normas específicas sobre el tema objeto de consulta en la afectación de los recursos naturales renovables, en especial, la captación o utilización de fuentes hídricas marinas como de vertimientos y descargas por parte de los proyectos. Conforme a esto, se analizará la aplicación y/o exigibilidad de los siguientes instrumentos: 1) la inversión de no menos del 1% para proyectos que captan aguas del mar; 2) el permiso de concesión sobre aguas marinas; 3) la aplicación de normatividad de regulación directa sobre vertimientos y descargas; 4) la licencia ambiental para proyectos que afectan y efectúan captación, vertimientos y descargas al mar; y 5) aplicación del instrumento de incentivos-desincentivos por aplicación de tasas retributivos y tasas por utilización del agua.

2.1 Aplicación normativa de exigibilidad de inversión de no menos del 1% por analogía *legis* e interpretación de autoridad

En cuanto a la disposición establecida en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1900 de 2006 sobre la inversión de no menos del 1% para recuperación de cuencas hidrográficas, se han identificado dos elementos que deben ser tenidos en cuenta para la interpretación de la norma en relación a la captación y utilización de agua tomada directamente de fuentes naturales. El primer elemento es la aplicación de la norma a través de su alcance y finalidad, sobre la cual se observa la ‘regla general’ para todos los proyectos que realicen utilización de agua tomada directamente de fuentes naturales. Al respecto sobre la captación y utilización de aguas del mar, no existe una regulación legal expresa, pero a pesar de advertir este vacío normativo, la situación fáctica podría subsumirse perfectamente en la regla general, ya que se establece la obligación para “todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria [...]”.

En otros términos, sobre el caso específico de captación de aguas marinas al interior de los proyectos que requieren de licencia ambiental, podría darse aplicación a la regla hermenéutica de '*analogía legis*' como quiera que las aguas del mar sobre las cuales ejerce soberanía la Nación a través de las instituciones formales del Estado, están definidas conforme las disposiciones constitucionales y legales anteriormente abordadas, como un bien público sobre el cual debe existir una regulación específica a través de la integración de la norma general citada que, además, guarda similitud sobre la materia regulada. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia (CCC), en Sentencia C-083 de 1995 definió a la analogía como "la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la *ratio iuris* o razón de ser de la norma".

Adicionalmente, la misma CCC en Sentencias C-083 de 1995; C-495 de 1996 y C-220 de 2011 clarifica la naturaleza jurídica y evalúa la constitucionalidad de la disposición establecida del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, concluyendo que a diferencia de las tasas contenidas en los primeros dos incisos del mismo artículo, la imposición legal de una tasa de inversión de no menos del 1% para inversión en cuencas hidrográficas, corresponde a la función social de la propiedad contenida en la Constitución Política (artículo 58), aspecto que es diferente a las cargas derivadas de las obligaciones tributarias establecidas mediante una relación bilateral entre "un sujeto activo y un sujeto pasivo" tributario.

Reitera la Corte en la Sentencia C-220 de 2011 sobre la jurisprudencia anteriormente citada que la conceptualización del parágrafo del artículo 42 *ibidem* impone "(...) una carga social que [se] desprende de la función social de la propiedad" en la medida en que es "la propia persona la [que] ejecuta las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca hidrográfica, bajo la orientación de la autoridad ambiental, a través de la licencia ambiental del proyecto". En suma, la CCC establece que el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente sano siempre conllevará un deber, obligación y/o carga correlativa de 'preservación' y 'conservación', para lo cual es "constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad"^{12 13}.

El segundo elemento de interpretación que es imprescindible abordar en la aplicación de la norma sobre inversión de no menos del 1% del parágrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y en el artículo 5º del Decreto 1900 de 2006, es la definición de 'cuenca hidrográfica contenida' en la norma. El Decreto 2811 de 1974 en su artículo 312 define la 'cuenca u hoya hidrográfica como "el área de aguas superficiales o subterráneas,

¹² Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1996. Sentencia C-495 de 1996 [Acción pública de Inconstitucionalidad contra parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

¹³ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2011. Sentencia C-220 de 2011 [Acción pública de inconstitucionalidad contra parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993]. Bogotá D.C.: CCC.

que vierten a una red hidrográfica natural con uno o varios cauces naturales, de caudal continuo o intermitente que confluyen en un curso mayor que a su vez, puede desembocar en un río principal, en un depósito natural de aguas, en un pantano o directamente en el mar. Por su parte, el Decreto 1729 de 2002 establece una definición de cuenca hidrográfica en su artículo 1º indicando como "el área de aguas superficiales o subterráneas que vierten a una red natural con uno o varios cauces naturales, de caudal continuo o intermitente, que confluyen en un curso mayor que, a su vez, puede desembocar en un río principal, en un depósito natural de aguas, en un pantano o directamente en el mar". En el artículo 2º se remite a establecer la línea divisoria de divorcio de las aguas para delimitar las cuencas, acudiendo a la altura máxima. Sin embargo, estas disposiciones no son del todo claras, pues no se observa una distinción clara entre cuenca hidrográfica (en la cual se incluye la cuenca hidrológica) y la cuenca oceánica. Del mismo modo, el Decreto 155 de 2004 que reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 en materia de tasas por utilización de aguas superficiales, pero que en todo caso no es aplicable para las aguas marítimas, en su artículo 2º define como 'cuenca hidrográfica' el "área de aguas superficiales o subterráneas, que vierten a una red hidrográfica natural con uno o varios cauces naturales, de caudal continuo o intermitente, que confluyen en un curso mayor que, a su vez, puede desembocar en un río principal, en un depósito natural de aguas, en un pantano o directamente en el mar". Sobre este punto, se han observado dos posiciones técnicas divergentes, una en la cual se afirma que el mar no puede ser considerado como cuenca hidrográfica y por tanto, es imposible dar aplicación a la norma cuando se trate de este tipo de proyectos, y otra en la cual se considera la definición geográfica del mar a partir de cuencas marinas u oceánicas (por ejemplo, la Cuenca del Caribe, etc.)^{14 15}.

Partiendo del análisis de esta segunda postura técnica, la inversión de las cargas impuestas por el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, tendría que efectuarse en términos de una correlación directa con las cuencas de los mares y las demás cuencas hidrográficas de los ríos con los cuales existe una interrelación física y ecosistémica que, además, serviría para definir la competencia territorial de las autoridades ambientales regionales. En este sentido, la carga de la inversión tendría que pensarse de los componentes bióticos afectados que pueden ser recuperados, preservados, conservados y vigilados, por ejemplo, en las zonas de baja mar, pero en los mismos términos pensando en medidas que puedan ser eficientes y eficaces, es decir, medidas que puedan ser cumplidas sin contratiempos por los proyectistas pero

¹⁴ Lanza, G.; Cáceres, C.; Adame, S.; Hernández. Diccionario de hidrología y ciencias afines. Madrid: Plaza y Valdés. En este libro se diferencia entre cuenca hidrológica relativa a las aguas subterráneas, cuenca hidrográfica entendida como el área de superficie total de tierras que drenan en un cierto punto un río o curso de agua clasificadas de acuerdo a su drenaje o descarga (exorreica al mar, endorreica a un lago o laguna, arreica como región continental sin salida al mar y criptorreica de drenaje subterráneo) y cuencas oceánicas como el lugar plano del océano rodeado por elevaciones. No obstante aclaran los autores, en el caso de la cuenca hidrográfica es tomada como una unidad hidrológica física-biológica pero también una unidad socio-económico-política.

¹⁵ Suman, O. 1994. Ecosistema de manglar en América Latina y la Cuenca del Caribe: Su manejo y Conservación. Nueva York: Universidad de Miami. The Thinker Foundation.

también que tengan una gran relevancia para la recuperación de los ecosistemas (por ejemplo, medidas de recuperación de los perfiles costeros de bosques de manglar en los cuales se da inicio a gran cantidad de relaciones biológicas por ser el hábitat de la conformación de los cardúmenes de peces en su estado inicial, y otras medidas y actividades complementarias realizadas en la plataforma continental anteriores a los 200 metros de profundidad).

Pese a considerar la posibilidad exigibilidad por '*analogía legis*' de la inversión de no menos del 1% de cuencas hidrográficas, ésta, tiene una limitante explicativa porque, a través del criterio de interpretación de autoridad establecido por el Viceministerio de Ambiente en su Concepto 2000-E2-76293 del 26 de julio de 2007, se optó por dar aplicación a la interpretación de **no considerar o incluir como parte de la definición de 'cuencas hidrográficas' a las regiones del mar**; criterio que ha sido aplicado como fundamento de las decisiones de esta autoridad mediante actos administrativos que otorgan y modifican las licencias ambientales de proyectos, por ejemplo, en las Resoluciones 1762 de 2008 y 1315 de 2011 expedidas por el Ministerio de Ambiente y en las Resoluciones 723 y 1016 de 2012 y 449 de 2013 de la ANLA que eximen de la aplicación de la inversión del no menos del 1% del párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, sobre proyectos que requerían captación de aguas marinas para la 'construcción y operación de un puerto multipropósito' y para la 'perforación exploratoria de hidrocarburos costa afuera'^{16 17 18}.

En este sentido, para no dar aplicación a la inversión de no menos del 1% exigida por el párrafo 1 del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y del Decreto 1900 de 2008, el Concepto 2000-E2-76293 de julio 26 de 2007 expedido por el Viceministerio de Ambiente, concluye, que:

"De acuerdo con las inquietudes planteadas por el sector de Hidrocarburos en la reunión Industria Gobierno sobre la aplicación de la inversión forzosa del 1% en proyectos costa afuera, [...] se concluye que a este tipo de proyectos no se les puede exigir el cumplimiento de esta obligación [...].

[...] se trata entonces de definir si de acuerdo con la normatividad ambiental aplicable, la inversión del 1% aplica a proyectos situados en aguas marinas que lleven a cabo

¹⁶ No obstante de la conclusión final referida a la interpretación de autoridad, no dejan de suscitarse los problemas de aplicación de principios y disposiciones constitucionales, puesto que en el caso analizado del Concepto 2000-2-76293 del 26 de julio de 2007 del Viceministerio de Ambiente, se esgrime como razón suficiente la falta de determinación técnica sobre las 'cuencas marinas' por parte de la Ley 99 de 1993, para abstenerse de aplicar la interpretación jurisprudencial de la 'función social de la propiedad' y de la regla general de la norma abordada vía '*analogía legis*'.

¹⁷ Ministerio de Ambiente (MA). 2008. 2011. Resolución 1762 de 2008 "Por la cual se modifica una licencia ambiental" [caso Sociedad Portuaria Promotora Puerto Industrial Aguadulce S.A.]. Resolución 1315 de 2011 "Por la cual se otorga una licencia ambiental" [caso BP Exploration Company Colombia Ltd.], Bogotá D. C.: MA.

¹⁸ Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). 2012. 2013. Resolución 723 de 2012 "Por la cual se otorga una licencia ambiental". Resolución 1016 de 2012 "Por la cual se otorga una licencia ambiental" [caso Ecopetrol S.A.]. Resolución 449 de 2013 [caso Petrobras Colombia Ltd.]. Bogotá D.C.: ANLA.

captación de dicho recurso hídrico, para fundamentar la exigencia de la obligación en comento por parte de este Ministerio.

Ahora bien, se observa que tanto en la normatividad aplicable, como en la jurisprudencia, se centra la inversión en el elemento 'Cuenca Hidrográfica', para lo cual debemos establecer cuál es el alcance legal de esta expresión con el fin de determinar si los proyectos ubicados costa afuera que captan agua de fuente natural como lo es el mar, están o no sujetos a dicha obligación. [...]

Se observa que de las definiciones trascritas, todas coinciden en afirmar que el mar es un límite donde desembocan las cuencas continentales, no estableciendo parámetro alguno que pueda definir con estricto sentido que el océano pueda ser considerado en sí mismo como una cuenca hidrográfica. [...]

Es así como, para los proyectos costa fuera sujetos de Licencia Ambiental no le es identificable una cuenca en particular, toda vez que el mar no puede ser catalogado dentro de esta característica y tampoco pertenece a ninguna cuenca, ni sus aguas vierten en una red hidrográfica natural, siendo el mar por el contrario el receptor de las aguas que vienen de los ríos y caños continentales [...]¹⁹.

Esta limitante interpretativa sugerirá reconsiderar, desde la misma entidad, el criterio interpretativo de autoridad que se ha venido aplicando y de ser el caso, confirmarlo o corregirlo.

2.2 Permiso de concesiones y autorización sobre aguas marinas

Por otro lado, las aguas marinas al estar definidas en el ordenamiento jurídico como bienes públicos con utilidad pública e interés social, tienen una regulación directa por parte del Estado quien ejerce su vez la administración por medio de las entidades estatales, entre ellas las autoridades ambientales como la ANLA. En materia de regulación de los bienes naturales y ambientales, el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) (CNRNR) establece en sus artículos 50 y subsiguientes los modos de adquirir el derecho a usar los 'recursos naturales renovables' dentro de los cuales se encuentran los bienes marinos renovables y las aguas del mar. Según el artículo 51 ibídem, estos modos de adquirir el derecho al uso son: el ministerio de la ley, el permiso, la concesión y la asociación. En este sentido, se analizará la regulación por utilización de las aguas del mar a través de la figura de la concesión, la cual debe ser analizada a profundidad para establecer su grado de aplicación para el caso en concreto.

Existe una regulación específica de la Parte III del Libro II ibídem artículos 77º y subsiguientes del Decreto 2811 de 1974 (CNRNR) en materia de fuentes hídricas, por medio de la figura de las concesiones, según lo dispuesto por los artículos 88º, 89º,

¹⁹ Viceministerio de Ambiente (VMA). 2007. *Concepto 2000-E2-76293 de julio 26 de 2007*. Bogotá D. C.: VMA.

90° y 91 en los cuales se establece que, “salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión” y bajo unas condiciones de ‘disponibilidad del recurso’, de ‘las necesidades para las cuales se destine’, de la prelación en términos de actividades y utilización y de su grado de escasez. Del mismo modo el Decreto 1541 de 1978 que reglamenta las disposiciones consagradas en el Decreto 2811 de 1974 CNRNR sobre el manejo y uso del “recurso de aguas” y establece el procedimiento en materia de concesiones. No obstante, debe aclararse que por disposición expresa de dichas normas, éstas sólo pueden ser aplicadas en materia de regulación de ‘aguas no marítimas’ teniendo en cuenta además el tipo de actividades para las cuales vayan a ser destinadas.

A pesar de no existir normas específicas para la utilización de las aguas marinas, la norma general dispone que debe darse en virtud de los modos que adquirir el derecho de uso, en especial la figura de la concesión de aguas (en el mismo sentido se establece el artículo 28 del Decreto 1541 de 1978 sobre los modos de adquirir el derecho de uso de las aguas no marítimas). Sobre este punto, la CCC ha manifestado a través de la Sentencia C-126 de 1998, en relación a la constitucionalidad que las disposiciones del Decreto 2811 de 1974 (CNRNR) que la concesión es una figura apta para la “*explotación y administración de estos bienes*” que están en titularidad del Estado y sobre la cual no se desprende el derecho de dominio, pues se trata de un acto por el cual “*las entidades estatales otorgan a una persona, llamada concesionario, la posibilidad de operar, explotar, o gestionar, un bien o servicio originariamente estatal, como puede ser un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público*” corriendo las labores “*por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación*”²⁰.

Ahora bien, respecto a la definición de la concesión en el derecho, esta debe ser entendida bajo dos acepciones a la luz de la normatividad del orden interno: i) en referencia al ‘contrato de concesión’ de acuerdo con las disposiciones del régimen de contratación estatal en el cual incluye el proceso de selección, bajo la aplicación principal de la Ley 80 de 1993, y ii) el ‘permiso de concesión’ establecido por el Decreto 2811 de 1974 (CNRNR), a través del cual se establece una autorización o permiso para el uso y aprovechamiento de un ‘recurso natural’ conforme a las condiciones impuestas por la autoridad ambiental concedente^{21 22}.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia (CCC). *Sentencia C-126 de 1998 [Demanda pública de inconstitucionalidad parcial contra la Ley 23 de 1973, el Decreto-Ley 2811 de 1974 y la Ley 142 de 1994]*. Bogotá D. C.: CCC.

²¹ Mutis, A. y Quintero, A. 2000. *La contratación estatal: Análisis y Perspectivas*. Bogotá D. C.: Pontificia Universidad Javeriana.

²² Calafell, J. E. 1996. Teoría general de la concesión. *Jurídica*. 26:215-227. México: Universidad Iberoamericana. En este sentido también se han planteado algunas diferencias entre los permisos y licencias frente a los contratos de concesión, en la medida en que los primeros se establece la libertad de un sujeto para hacer algo sobre un bien de acuerdo con unas condiciones definidas por las autoridades, mientras que, en el segundo caso establece el surgimiento de un derecho emanado del ‘contrato’ el cual recae sobre la explotación de un bien o la prestación de un servicio público.

Es sobre esta última definición es que se desarrolla la aplicación para la concesión de aguas y concretamente para la concesión de aguas marinas. La CCC en la Sentencia C-126 de 1998 anteriormente citada, ha referido que el permiso de concesión simplemente otorga *"el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre éstas"*, por lo cual *"aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de ésta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquélla consagra"*. Además señala la Corte que la concesión como 'instrumento jurídico' *"para autorizar a los particulares el uso de determinados recursos naturales no implica que el Estado se desprenda de sus responsabilidades ambientales, ya que es deber de las autoridades vigilar que el concesionario utilice el respectivo recurso natural de conformidad con la protección constitucional al medio ambiente"*. Sobre este punto además debe sobreentenderse para el caso de los permisos de concesiones de aguas que se trata de una autorización a personas tanto naturales como jurídicas, públicas y privadas con aplicación de la tasas establecidas por su utilización (según los artículos 29º y 30º del Decreto 1541 de 1978 en el tema de regulación de aguas no marítimas y, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 155 de 2004, en relación a las tasas por utilización de aguas).

La CCC concluye en la citada Sentencia que el titular de la concesión debe respetar los deberes que se le imponen en el acto administrativo *"a fin de facilitar las labores de vigilancia y control por parte de las autoridades"*, ya que en dicho acto debe determinarse la duración, las obligaciones (incluyendo las que se impongan para impedir el deterioro del bien o del ambiente) y las sanciones o consecuencias jurídicas así como las causales de caducidad y revocatoria del acto administrativo (incluyendo las establecidas legalmente, como el incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, el desconocimiento grave o reiterado de las normas de preservación del bien o el agotamiento o disminución progresiva del mismo, entre otras) (artículos 61 y 62 del Decreto 2811 de 1984).

Se concluye hasta este punto que la utilización y el aprovechamiento de las aguas marinas, **requiere el derecho de uso conforme a lo establecido en la ley y, en este caso, mediante la aplicación de la figura del permiso de concesión de aguas marinas**²³. Sin embargo, no existe actualmente reglamentación específica sobre la materia y en este sentido se advierte la necesidad de una propuesta reglamentaria por

²³ Bajo un análisis de derecho comparado, es posible observar la aplicación de normas sobre concesión para el aprovechamiento de aguas marinas, por ejemplo en las legislaciones del México y Costa Rica sobre actividades de desalinización. En el artículo 17 de la Ley Nacional de Aguas de México se establece que "no se requerirá concesión para la extracción de aguas marinas interiores y del mar territorial, para su explotación, uso o aprovechamiento, salvo aquellas que tengan como fin la desalinización, las cuales serán objeto de concesión". Y en el artículo 3º del Reglamento de Concesiones de Agua Marina para Desalinización de Costa Rica se establece la necesidad de presentar solicitud de concesión para los proyectos "que deseen desalinizar el agua marina para utilizarla para consumo humano o en los demás usos del agua", por parte de las personas físicas o jurídicas, privadas o públicas".

parte del Gobierno Nacional y del Ministerio de Ambiente como lo establece el parágrafo 3º del artículo 208 de la Ley 1450 de 2011 sobre “los criterios técnicos y administrativos para el otorgamiento de las concesiones, permisos y licencias sobre los bienes de uso público del dominio marino y costero de la Nación”, en la cual se contemplan: i) las definiciones, los requisitos, deberes y condiciones; ii) la clasificación de los tipos de uso para cada una de las actividades (entre otras, construcción de puertos, plantas desalinizadoras, proyectos fuera de la costa o costa afuera ‘*offshore*’ para explotación petrolífera y gasífera, minería marina, etc.); iii) las prioridades según el tipo de actividades; iv) el término de las concesiones y su tiempo máximo de duración, v) el cambio de condiciones que afecten el permiso por parte del concesionario; y vi) de manera fundamental, el procedimiento que debe seguirse para otorgar el permiso de concesión de aguas marinas.

Ahora bien, para los usos y aprovechamientos de las aguas marinas pese a no estar reglamentados, la normatividad se refiere a los proyectos que deben ser conocidos por la Dirección General Marítima (Dimar) según lo contempla el Decreto 2324 de 1984, que en el numeral 21 de su artículo 5º establece como competencia funcional de dicha autoridad “regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción”²⁴. Al respecto debe mencionarse que ésta competencia es tan sólo exclusiva de las actividades que no generan impacto o que no repercuten significativamente sobre el ambiente, los bienes naturales renovables o que modifiquen de manera considerable o notoria del paisaje y que no requieren licencia ambiental (artículo 8º del Decreto 2820 de 2010), pues como se ha podido observar, las decisiones adoptadas en los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental han confirmado este criterio interpretativo al asumir las competencias frente a proyectos de captación de aguas marinas mediante las Resoluciones 1762 de 2008 y 1315 de 2011 del Ministerio de Ambiente y las Resoluciones 723 y 1016 de 2012 y 449 de 2013 de la ANLA, previamente citadas.

Allí se concluye que “*el agua marina es un recurso natural renovable*” de propiedad de la Nación, y que la competencia para el otorgamiento de licencias ambientales correspondía a la autoridad ambiental nacional quien ejerce en este caso su administración, en los proyectos que requieran “*del aprovechamiento del agua marina o salobre*” dentro de las aguas jurisdiccionales del Estado colombiano. No obstante debe aclararse sobre los modos de adquirir el derecho al uso de los recursos naturales renovables que en los actos administrativos referenciados, no existe un criterio único, ya que se menciona tanto la figura de la ‘concesión’ como la ‘autorización’ o ‘permiso’, siendo ésta última la que tendrá que preferirse, como quiera el tema de concesión no ha

²⁴ Ministerio de Ambiente (MA), 2014. Concepto 8220-2-5290 del 27 de marzo de 2014 expedido por Dirección de Asuntos Marinos, Costeros y Recursos Acuáticos (DAMCRA) del Ministerio de Ambiente. Bogotá D.C.: MA. En este concepto, ante la consulta sobre el trámite para la solicitud de permiso de concesión sobre aguas marinas para un cultivo de camarón, responde la dependencia que la competencia funcional corresponde a la Dimar, según el numeral 21 de su artículo 5º del Decreto 2324 de 1984.