

TOMO
XX



Lecturas sobre

Derecho

del Medio

Ambiente

Universidad
Externado
de Colombia

MARÍA DEL PILAR
GARCÍA PACHÓN
(ed.)

LECTURAS SOBRE
DERECHO DEL
MEDIO AMBIENTE

TOMO XX

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Tomo XX / Luis Guillermo Acero Gallego [y otros] ; María del Pilar García Pachón (editora). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

654 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9780587904673

1. Medio ambiente – Colombia – Jurisprudencia 2. Protección del medio ambiente -- Aspectos jurídicos – Colombia 3. Licencias ambientales – Colombia 4. Áreas protegidas -- Aspectos jurídicos – Colombia 4. COVID-19 (Enfermedad) -- Aspectos ambientales -- Colombia I. García Pachón, María del Pilar, editora II. Universidad Externado de Colombia III. Título

333.7 SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Octubre de 2020

ISBN 978-958-790-467-3

© 2020, MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN (ED.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

EDUARDO DEL VALLE MORA

Acuerdo de Escazú y licenciamiento ambiental

SUMARIO

Introducción. I. Breve introducción al Acuerdo de Escazú de cara al régimen de licenciamiento ambiental colombiano. II. Mecanismos de participación ciudadana ambiental en el régimen de licenciamiento ambiental colombiano. A. Régimen de licenciamiento ambiental. 1. Consideraciones preliminares. 2. El trámite de la licencia ambiental. B. Mecanismos actuales de participación ciudadana ambiental en el licenciamiento ambiental. C. Necesidad de promover nuevos espacios de participación ciudadana ambiental en el actual régimen de licenciamiento ambiental. III. Implicaciones del Acuerdo de Escazú en el régimen de licenciamiento ambiental. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

Este artículo presenta un análisis de los mecanismos actuales de participación en el marco del régimen de licenciamiento ambiental colombiano, y propone ajustes a dichos mecanismos tanto en el trámite de otorgamiento de licencias ambientales como de su respectivo seguimiento y control de cara a la futura ratificación del Acuerdo de Escazú por el Estado colombiano.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo de Escazú, mecanismos de participación ciudadana, participación ambiental, licenciamiento ambiental, licencias ambientales.

ABSTRACT

This research text presents an analysis of the current environmental participation mechanisms associated to the Colombian environmental licenses regime, and proposes modifications to said mechanisms during the granting and following up of environmental licenses considering that Colombia will ratify the Escazú Agreement.

KEYWORDS

Escazú Agreement, Public Participation Mechanisms in Environmental Matters, Environmental License, Environmental License Regime.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo investigativo fue escrito durante la pandemia causada por el COVID-19, exactamente en el mes de junio del año 2020. Para ese momento aún no ha entrado en vigencia del Acuerdo de Escazú ya se han depositado nueve de las once ratificaciones que se requieren como mínimo para que el acuerdo entre en vigor¹.

Colombia firmó el Acuerdo de Escazú el 11 de diciembre de 2019^[2], y aún no se ha iniciado el trámite en la Comisión Segunda del Senado del Congreso de la República. Se espera que el texto del Acuerdo de Escazú sea presentado en la legislatura que comienza en julio de este mismo año³. Lo ideal habría sido que el proceso legislativo hubiera empezado durante el primer semestre de 2020, sin embargo, debido a los desafíos generados por la crisis sanitaria del COVID-19 no fue posible radicar el proyecto o, para ser más precisos, se hubiera podido iniciar el trámite, pero existía el riesgo de que el proyecto no prosperara por asuntos administrativos propios de la legislatura que termina. De manera que, para salvaguardar el proceso, el inicio del trámite legislativo se hará en la próxima legislatura.

Para el momento en que este texto sea publicado, posiblemente ya se habrá iniciado el proceso legislativo, habrá avanzado su trámite en el Congreso de la República, y estará cerca de concluir el trámite interno⁴. Una vez se agote el procedimiento requerido para adoptar el Acuerdo de Escazú como una ley en Colombia, en cuyo caso habrá que seguir las reglas propias de los tratados internacionales, Colombia podrá depositar su instrumento ante el depositario el cual según el artículo 25 del Acuerdo de Escazú será el Secretario General de las Naciones Unidas, para cuyo momento posiblemente el mismo ya habrá entrado en vigencia⁵.

1 Información obtenida de la Alianza por el Acuerdo de Escazú (Escazú Ahora!), disponible en [www.escazúahora.com.co], consultada el 14 de junio de 2020.

2 Ídem.

3 Ídem.

4 El trámite interno requiere la radicación del proyecto de ley ante el Congreso de la República, la aprobación legislativa del mismo, la sanción de la ley por el presidente de la República, la publicación de la ley aprobatoria del Acuerdo de Escazú en el *Diario Oficial* y su posterior control de constitucionalidad por la Corte Constitucional con base en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política. El proyecto de ley aprobatoria del Acuerdo de Escazú fue presentado el 20 de julio de 2020 ante el Congreso de la República”.

5 De acuerdo con la información de la Alianza por el Acuerdo de Escazú (Escazú Ahora!), a la fecha

De manera que en este artículo se busca apostarle a entender los pasos que se deben seguir en Colombia para ajustar el texto del Acuerdo de Escazú a la reglamentación nacional una vez la ratificación sea depositada por el país. Para el momento de escritura de este artículo aún no es claro qué tan dinámico será el proceso reglamentario, como tampoco si en lo que queda del periodo de gobierno del presidente Iván Duque se incorporarán todos los ajustes normativos y reglamentarios necesarios para garantizar la implementación .

Lo más probable es que cualquiera que sea el gobierno que se ocupe de la materia tendrá que organizar la incorporación del Acuerdo de Escazú a la normativa ambiental por ejes temáticos, por ejemplo, instrumentos ambientales, procesos sancionatorios ambientales, procesos de ordenamiento ambiental del territorio. Inclusive, posiblemente será necesario que en dichos ejes temáticos haya subdivisiones como en el caso de los instrumentos ambientales en los que habrá que distinguir entre los mecanismos de participación ciudadana ambiental en los procesos de otorgamiento y verificación de cumplimiento de las licencias ambientales y los mecanismos de participación en los procesos de otorgamiento y verificación de cumplimiento de los permisos, concesiones y autorizaciones menores o independientes.

Igualmente, es posible que algunas voces soliciten revisar la manera como se deben abordar los cambios requeridos por el Acuerdo en procesos como el de licenciamiento ambiental, en el que se debe tener en cuenta el tipo de proyecto: minero, petrolero, de infraestructura, etc., y generar reglas de participación especiales. De manera que parte del debate consiste en analizar los instrumentos actuales y los cambios que serían requeridos para que el Acuerdo de Escazú tenga un impacto real en el país, ya que no tendría sentido ratificar el Acuerdo si las normas se van a mantener iguales a las actuales, en cuyo caso debe señalarse que la firma del Acuerdo de Escazú

siete países han presentado el depósito, y se espera que Argentina, Costa Rica y otros países del Caribe hagan lo mismo en los próximos meses. Actualmente han ratificado el Acuerdo de Escazú Antigua y Bermuda (24 de marzo de 2020), Bolivia (26 de julio de 2019), Ecuador (21 de mayo de 2020), Guyana (18 de abril de 2019), Nicaragua (9 de marzo de 2020), Panamá (10 de marzo de 2020), San Vicente y las Granadinas (26 de septiembre de 2019), Saint Kitts y Nevis (26 de septiembre de 2019) y Uruguay (26 de septiembre de 2019). Están pendientes por ratificar Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Granada, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Santa Lucía; cfr. página de la Alianza [www.escazuahora.com.co], consultada el 14 de junio de 2020.

y su posterior ratificación no implica que hoy en día no existan mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental en Colombia, por el contrario, sí los hay y variados⁶.

El Acuerdo de Escazú constituye la nueva base de la participación ciudadana en materia de licenciamiento ambiental pero no representa su cierre, de forma que habrá que analizar cuáles de los actuales mecanismos de participación cumplen con las disposiciones del Acuerdo como un estándar mínimo, y en qué casos se amerita un ajuste normativo. Ajuste que se debe plantear e incorporar a la regulación nacional en el entendido de que se buscará y propiciará un equilibrio entre (i) la participación ciudadana ambiental, (ii) la autonomía administrativa de la autoridad ambiental que debe adoptar la decisión de si otorga o no la licencia ambiental como su respectivo seguimiento y control, y (iii) el derecho a la libre competencia económica, la libertad económica, y la autonomía empresarial, los cuales se rigen por el principio de la función social y ecológica de la empresa.

Así las cosas, la participación ciudadana debe ser suficiente para garantizar el acceso a la información, y para que los aportes de las comunidades presentes en el área de influencia de los proyectos, y del público en general, sean tenidos en cuenta en el marco del otorgamiento y seguimiento de instrumentos ambientales por parte de la autoridad ambiental, como también para permitir el desarrollo empresarial bajo el marco del principio de desarrollo sostenible reconocido en los artículos 1.º y 6.º del Acuerdo. De manera que el Acuerdo de Escazú aparece en un buen momento de la historia como una herramienta que permite ante todo prevenir los conflictos ambientales⁷ y garantizar la libre empresa de forma sostenible, la conexión con el público en general y, al mismo tiempo, la protección del ambiente (Peralta, 2018: 175).

En el anterior marco es que surge la idea de realizar un ejercicio de análisis de un instrumento puntual, en este caso el licenciamiento ambiental, con el fin de entender cuáles son los mecanismos actuales de participación ciudadana, y hasta dónde podrían llegar las necesidades de modificación de

6 Los mecanismos de participación actuales se pueden consultar tanto en el texto de Ó. D. AMAYA como en el de L. MUÑOZ y G. A. RODRÍGUEZ.

7 Respecto de la relación del Acuerdo de Escazú y la participación ciudadana como mecanismo para evitar conflictos ambientales se recomienda la lectura de los textos de L. MUÑOZ y G. A. RODRÍGUEZ.

los mecanismos de participación ciudadana en el régimen de licenciamiento ambiental de cara a la ratificación del Acuerdo de Escazú.

De manera que en este artículo se presenta una revisión de los mecanismos de participación ciudadana en el régimen de licenciamiento ambiental y se proponen modificaciones al régimen actual de cara a los desafíos que generará la ratificación del Acuerdo de Escazú y su implementación en Colombia. Más vale hacer un análisis sobre la materia que ojalá le sirva de insumo a quien en su momento esté encargado del asunto en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como órgano rector del sector ambiental, pues lo más probable es que lo que no encaje directamente en la reglamentación, sea ajustado por los jueces en sede de tutela⁸.

I. BREVE INTRODUCCIÓN AL ACUERDO DE ESCAZÚ DE CARA AL RÉGIMEN DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL COLOMBIANO

Lo primero que se debe señalar es que el Acuerdo de Escazú es una manifestación concreta de la aplicación práctica del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (Barrit, 2019: 18)⁹. El Acuerdo de Escazú propende por establecer un estándar mínimo de garantías para el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, de manera que se permita consolidar estrategias, herramientas y espacios para las comunidades y, en general, para la institucionalidad ambiental (Barrit, 2019: 16)¹⁰.

El estándar mínimo del Acuerdo parte de la base de la nivelación y/o ponderación de dos derechos: el goce al ambiente sano y el desarrollo sostenible (Peralta, 2018: 176), lo cual implica reconocer la libertad de empresa

8 Diversos trabajos han demostrado que los ajustes normativos y la implementación de las normas de participación muchas veces se obtienen a partir de decisiones en sede judicial, entre ellos, los trabajos de R. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. I. HURTADO, G. MESA, E. CASTRO y L. M. MUÑOZ.

9 Si bien la Declaración de Río de 1992 no tenía un poder vinculante, quedó incorporada a la legislación nacional por referencia expresa del artículo 1.º de la Ley 99 de 1993, con lo cual dicho Principio 10 existe en la normativa colombiana.

10 Estos forman parte de los objetivos del Acuerdo de Escazú pero no son los únicos pues, por ejemplo, otro objetivo es la necesidad de garantizar la protección de la vida y la integridad de los actores sociales ambientales.

de manera responsable en su interacción con los recursos naturales y su respectivo aprovechamiento¹¹.

El Acuerdo de Escazú define como derecho de acceso a la información ambiental el que debe tener la ciudadanía para poder acceder a la información en el marco de la adopción de decisiones que generen algún grado de impacto en los recursos naturales así como su seguimiento (Escazú Ahora, 2019: 55). De igual manera, el Acuerdo aclara que la información ambiental se puede entregar por cualquier medio, esto es, de forma escrita, sonora, visual o electrónica o que sea objeto de registro por cualquier medio, de forma que se puedan conocer los impactos ambientales que generan las actividades humanas, los riesgos asociados a ellos, y las respectivas medidas de manejo y control ambiental que propendan por el cuidado de los recursos naturales y la salud¹².

Asimismo, el Acuerdo se ampara en, y se guía por, una serie de principios generales de derecho como la igualdad, la transparencia, la no regresión, la progresividad, la buena fe, la prevención, la equidad intergeneracional y la publicidad. En el marco de dichos principios cada Estado que firme y ratifique el Acuerdo debe analizar sus mecanismos y reglas de participación en asuntos ambientales, lo cual implica no solo los asuntos en sede administrativa, sino también en sede judicial.

De igual manera, durante el ejercicio de revisión y adopción de los mecanismos de participación, así como del mejoramiento de los existentes, y de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo, se espera que los Estados adopten las decisiones más favorables de manera que se proteja el derecho al acceso a la información, la participación ambiental, la protección de la vida y la integridad de quienes requieran dicha información y participen activamente en la adopción de decisiones que directa o indirectamente autoricen el uso de recursos naturales.

En su artículo 23 el Acuerdo de Escazú establece que no admite reservas, situación que necesariamente implica que su trámite ante el Congreso de la República no podrá generar restricciones en su aplicación, como ocurrió, por ejemplo, con el Estatuto de Roma adoptado en Colombia por la Ley

11 Al momento de adecuar la reglamentación nacional para garantizar la debida implementación del Acuerdo de Escazú en Colombia será necesario realizar una valoración de dicha reglamentación frente a los principios constitucionales de libertad de empresa y función ecológica de la propiedad.

12 Artículos 2.º a 4.º del Acuerdo de Escazú.

742 de 2002 que estableció una reserva consistente en que se aplicaría siete años después de su ratificación respecto de algunas de sus disposiciones. De manera que el Acuerdo de Escazú se deberá debatir y aprobar tal y como está contenido en su texto original¹³. Ello significa que una vez sea aprobado en Colombia, y se presente el depósito de la respectiva ratificación, entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de allí¹⁴.

A su turno, el artículo 13 del Acuerdo de Escazú dispone que cada Estado debe facilitar los medios para garantizar la implementación de las disposiciones, de acuerdo con sus posibilidades y prioridades. A nuestro modo de ver la redacción del artículo es bastante ambigua y general ya que puede llevar a que se ratifique el Acuerdo sin que haya una reacción inmediata del Gobierno Nacional, y que su implementación sea lenta y paulatina. Al margen de ello, lo más probable es que si el Gobierno Nacional no adopta una reglamentación en un tiempo razonable, el público acudirá a los jueces para que, por la vía de las decisiones judiciales, acoplen el proceso de implementación, ya que, como se ve, el acceso a la participación ambiental se está consolidando con gran fuerza en la doctrina internacional como un derecho fundamental objeto de protección bajo acciones constitucionales (Costa y Burdiles, 2019: 210)¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, uno de los principales asuntos en que es necesario analizar los pasos a seguir para adecuar la reglamentación nacional de cara a la implementación del Acuerdo de Escazú es el de los proyectos, obras o actividades sujetos a licenciamiento ambiental, ya que son los de mayor interés por su tendencia a ser de mediana y gran envergadura. Ello no significa que no sea indispensable poner especial atención a la implementación del Acuerdo respecto de otros asuntos, como el ordenamiento territorial ambiental, la participación ciudadana en el debate de proyectos de ley de contenido ambiental, y el otorgamiento y seguimiento de permisos, concesiones y autorizaciones ambientales (Gómez, 2018: 64). En dichos

13 Artículo 23 *ibíd.*

14 Artículo 22 *ibíd.*

15 Vale la pena señalar que la Corte Constitucional ya ha reconocido en sus providencias la participación ciudadana ambiental como un derecho fundamental, por ejemplo, en el caso de la delimitación del páramo de Santurbán. De manera que ya existen precedentes en Colombia que dotarán de fuerza a los jueces para que reconozcan aplicaciones prácticas del Acuerdo de Escazú en el evento de que el Gobierno Nacional no reaccione a la velocidad que el público en general espera de cara a lo que será su implementación.

casos será igual de importante adoptar a nivel legislativo y reglamentario los cambios necesarios para garantizar una debida implementación del Acuerdo en Colombia.

Vale la pena señalar que desde ya que hay autores, como Olmos, que advierten que no será fácil acoplar el Acuerdo a las diferentes jurisdicciones, por cuanto no se tiene la suficiente experiencia como para garantizar de manera efectiva la participación, y porque su implementación requerirá tanto de recursos como de la generación de un conocimiento holístico que permita la efectiva y real garantía de contar con un sistema de mecanismos efectivos de participación ciudadana ambiental (Olmos, 2019: 145).

II. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN EL RÉGIMEN DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL COLOMBIANO

Hoy en día el régimen de licenciamiento ambiental colombiano comporta ciertos espacios de participación ciudadana los cuales se corresponden con el alcance participativo introducido por la Constitución (ecológica) de Colombia de 1991 (Amaya, 2016). A continuación se presentará de manera breve el proceso de licenciamiento ambiental, los mecanismos actuales de participación ciudadana ambiental y los espacios en que se requiere de mayores garantías de participación ciudadana ambiental en el marco del seguimiento y el control del régimen de licenciamiento ambiental.

A. RÉGIMEN DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El artículo 50 de la Ley 99 de 1993 establece la definición de licencia ambiental, y los artículos 49, 51 y siguientes señalan los casos generales en los que se requiere la licencia ambiental para ejecutar determinados proyectos, obras o actividades.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 se han expedido diferentes decretos reglamentarios sobre la materia, a saber: 1753 de 1994; 1728 de 2002; 1180 de 2003; 1220 de 2005; 500 de 2006; 2820 de 2010 y 2041 de 2014, este último compilado en el Decreto 1076 de 2015 (Cardona, 2019).

Tanto en la Ley 99 de 1993 como en los decretos reglamentarios se ha dejado claro que únicamente requieren licencia ambiental aquellas actividades, obras o proyectos expresamente listados en los referidos decretos, de manera que cualquier actividad, obra o proyecto que no esté listado se entiende que no requiere licencia ambiental. Asimismo, en el caso de proyectos, obras o actividades que venían operando antes de la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993, y que de acuerdo con los mencionados decretos requieren licencia ambiental, los mismos deben contar con el respectivo establecimiento del plan de manejo ambiental, así como de los permisos ambientales menores correspondientes, según los recursos naturales requeridos en dichos proyectos.

Para efectos de solicitar la respectiva licencia ambiental, el solicitante debe realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el cual debe cumplir con los respectivos Términos de Referencia (TdR) y con la metodología para la elaboración y presentación de estudios ambientales.

En relación con los Estudios de Impacto Ambiental no existe una línea clara de hasta dónde o qué tanto se debe involucrar la participación ciudadana en la elaboración de dichos estudios. Si bien el artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 1076 de 2015 señala que se debe informar a las comunidades el proyecto y su alcance (el cual debe incluir la identificación y valoración de impactos ambientales con sus respectivas medidas de manejo), y que el estudio debe incorporar las propuestas de la comunidad “cuando se consideren pertinentes”, en la práctica no existe un criterio o mecanismo de decisión objetivo que permita identificar si una propuesta es o no “pertinente”, y si debe o no ser incorporada al respectivo Estudio de Impacto Ambiental con el fin de que la autoridad ambiental la pueda valorar al estudiar si otorga o no la licencia ambiental, así como los términos bajo los cuales la otorga. En ese sentido, el análisis de los mecanismos de participación ciudadana, y de los desafíos que implicaría la reglamentación del Acuerdo, necesariamente requiere brindar una especial atención a la fase previa al licenciamiento ambiental, lo cual se corresponde con las garantías de participación ciudadana durante el periodo de recopilación y análisis de información para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental.

2. EL TRÁMITE DE LA LICENCIA AMBIENTAL

El trámite de la licencia ambiental es relativamente sencillo, aclarando que en algunos casos, previo al inicio del trámite se requiere agotar la definición del

Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.3.6.1 del Decreto 1076 de 2015.

El DAA no es necesario en todos los proyectos, y no en todos los casos en que se requiere el diagnóstico evalúa varias alternativas cuando quiera que solo existe una única. Justamente es en la definición del DAA que comienzan las dificultades y la ausencia de participación ciudadana en la definición de las mismas por parte de la autoridad ambiental, ya que el trámite no requiere de mayor publicidad, y muchas veces dicha autoridad decide el DAA sin que las personas y el público en general conozcan el proyecto.

Una vez definido el DAA, cuando quiera que haya lugar a él, o ante la falta de necesidad del mismo, el interesado en ejecutar el proyecto, obra o actividad procede a presentar la solicitud de licencia ambiental ante la autoridad ambiental competente, la cual se define con base en las reglas establecidas en los artículos 2.2.2.3.2.2, 2.2.2.3.2.3 y 2.2.2.3.2.6 del Decreto 1076 de 2015. El trámite administrativo está reglamentado en el artículo 2.2.2.3.6.3 del Decreto 1076 de 2015, el cual se puede resumir de la siguiente manera:

i) Presentación del Estudio de Impacto Ambiental y demás documentación requerida para iniciar el trámite (p. ej., formulario único nacional, certificación de la Autoridad Nacional de Consulta Previa de la procedencia o no de realizar dicha consulta, Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad cuando es una persona jurídica la solicitante, etc.).

ii) Una vez realizada la radicación, previa verificación formal de la información, la autoridad ambiental competente expide el acto administrativo que declara iniciado el trámite de licenciamiento ambiental.

iii) Expedido el acto administrativo de inicio formal del trámite, la autoridad puede, si lo requiere, realizar una visita de campo al área del proyecto.

iv) Realizada la visita técnica, cuando quiera que haya lugar a la misma, la autoridad ambiental podrá solicitar información adicional al solicitante, lo cual lo debe hacer mediante una reunión.

En dicha reunión se revisan y discuten los requerimientos, inclusive hay lugar a presentar recurso de reposición durante la misma audiencia. Una vez en firme los requerimientos, el solicitante tendrá un mes, prorrogable por otro mes, para remitir la información a la autoridad ambiental.

En dicha reunión únicamente se prevé que deberán participar el petionario, la autoridad ambiental, y eventualmente la autoridad podrá invitar a otras entidades gubernamentales. No se prevé la participación ciudadana,

situación que evidentemente implica un desafío para el contenido del Acuerdo y su respectiva implementación en el país.

v) Una vez recibida la información adicional, la autoridad ambiental podrá solicitar a otras entidades o autoridades información adicional para lo cual les dará un plazo de hasta 20 días hábiles.

vi) Recibida la información de las demás entidades, o transcurrido el término otorgado para el efecto, la autoridad ambiental debe proceder a emitir el acto administrativo que declara reunida la información, y de igual manera tendrá 30 días hábiles para proferir el acto administrativo mediante el cual decide si otorga o niega la licencia ambiental. Contra dicho último acto administrativo procede el recurso de reposición que una vez resuelto agota el trámite de licenciamiento ambiental.

B. MECANISMOS ACTUALES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN EL LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

Hoy en día existen diferentes tipos de mecanismos de participación ambiental en el régimen de licenciamiento ambiental en sede administrativa, los cuales son los siguientes¹⁶:

i) *Tercero interviniente*. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 99 de 1993, cualquier persona, sin necesidad de demostrar interés jurídico, fáctico y/o técnico alguno, podrá hacerse parte de cualquier trámite de otorgamiento o modificación de las licencias ambientales.

El reconocimiento del tercero interviniente le otorga fundamentalmente dos derechos: que se le notifiquen todas las decisiones administrativas (pero

16 Al respecto se recomienda el texto de G. A. RODRÍGUEZ y L. M. MUÑOZ ÁVILA “La participación en la gestión ambiental” en el que se presentan diferentes mecanismos de participación ambiental, los cuales se dividen en tres grupos: i) participación administrativa ambiental, la cual incluye varios mecanismos como la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos como tercero interviniente, el derecho de petición, la consulta previa, la veedurías ciudadanas y la participación en procesos de planificación ambiental; ii) participación judicial ambiental, la cual incluye mecanismos como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, la acción de nulidad y la acción de constitucionalidad, y iii) participación política ambiental, la cual incluye mecanismos como las consultas populares, las iniciativas ciudadanas legislativas, el referendo, la revocatoria del mandato, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto y el ejercicio del poder del voto.

no las actuaciones administrativas), y presentar recursos en vía gubernativa contra dichas decisiones administrativas.

Este mecanismo únicamente procede durante el trámite de solicitud, modificación o cancelación de la licencia ambiental.

Infortunadamente las autoridades ambientales han asumido una posición interpretativa exegética al momento de aplicar el referido artículo 69 de la Ley 99 de 1993, y por lo mismo, no permiten el reconocimiento de terceros intervinientes durante la ejecución del proyecto, obra o actividad con el fin de que estén al tanto del cumplimiento de las obligaciones derivadas tanto del instrumento ambiental, como de los requerimientos de la autoridad ambiental.

ii) *Derecho de petición.* De conformidad con lo señalado en el artículo 74 de la Ley 99 de 1993, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 23 Constitucional, la Ley 1712 de 2014, la Ley 1437 de 2011 modificada por la Ley 1755 de 2015, y el artículo 2.2.2.3.10.4 del Decreto 1076 de 2015, cualquier persona puede formular peticiones respetuosas a la autoridad ambiental competente para que le brinde la información relacionada con el trámite del proceso de licenciamiento ambiental y de la solicitud. El acceso a la información vía derecho de petición se puede dar tanto en el marco del trámite de la licencia ambiental como durante la ejecución del proyecto, obra o actividad.

Sobre el particular, debe señalarse igualmente que el artículo 2.2.2.3.10.5 del Decreto 1076 de 2015 establece que cualquier persona puede solicitar información relacionada con el trámite de un proyecto, obra o actividad sujeta a licencia ambiental, y la autoridad ambiental competente debe expedir la respectiva constancia del estado en el que se encuentre el trámite. En la práctica, la aplicación de esta disposición suele limitarse a asuntos de forma sobre el trámite en sí mismo, mas no respecto de asuntos de fondo que involucren un análisis de valoración de los impactos ambientales causados por el proyecto licenciado.

iii) *Acceso a expedientes.* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 99 de 1993, y en concordancia con lo señalado en el artículo 74 de la Constitución Política, cualquier persona tiene derecho a acceder a los expedientes públicos ambientales. El acceso a la información se puede dar tanto

en el marco del trámite de la licencia ambiental, como durante la ejecución del proyecto, obra o actividad.

Si bien es cierto que el artículo 2.2.2.3.10.1 del Decreto 1076 de 2015 dispone que debe haber una Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (VITAL) mediante la cual se centraliza la información, en la práctica no toda la información que existe en el expediente se puede visualizar en la plataforma VITAL, lo cual implica tener que desplazarse ante la autoridad ambiental para poder consultar el expediente físico, pues la información en línea no es igual a la información física, lo que constituye una barrera de acceso a la información, la cual debe ser resuelta con o sin ratificación del Acuerdo de Escazú.

En la práctica este derecho está limitado por la forma en que las autoridades suelen organizar los expedientes. En la mayoría de los casos el expediente ambiental se compone de diferentes carpetas, usualmente dos: por un lado, la denominada carpeta jurídica, en la cual constan las peticiones y decisiones administrativas, y por otro la llamada carpeta técnica, en la que se incluyen, entre otros documentos, el respectivo Estudio de Impacto Ambiental, los estudios técnicos, los monitoreos y los informes de cumplimiento ambiental. Lo que se suele dejar abierto a consulta del público es la denominada carpeta jurídica, pues en su mayoría las autoridades ambientales consideran que la información de la carpeta técnica es privada o reservada por contener información que puede hacer parte del secreto comercial o industrial del peticionario¹⁷.

Sobre el particular debe señalarse que no existe una norma que haga tal distinción, por lo que la autoridad ambiental debe garantizar el acceso a toda la información del respectivo proyecto, obra o actividad; de hecho, así lo reconoció el Consejo de Estado en una providencia de la Sección Cuarta del 20 de febrero de 2017, con ponencia de Stella Jeanette Carvajal Basto, en la que en sede de tutela se revocó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y se señaló que la información de los estudios de Impacto Ambiental puede ser objeto de consulta por terceros como parte de las garantías de participación ciudadana.

¹⁷ Esta información práctica proviene de la experiencia del autor y su interrelación con diferentes autoridades tanto del nivel nacional como del local.

iv) *Audiencias públicas*. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 99 de 1993, y en concordancia con lo señalado en el Decreto 330 de 2007 compilado tanto en el Decreto 1076 de 2015 como en el artículo 2.2.2.3.6.3 del Decreto 1076 de 2015, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, los gobernadores, los alcaldes y por lo menos cien personas o tres entidades sin ánimo de lucro pueden solicitar a la autoridad ambiental que adelanta el trámite de licencia ambiental, que se desarrolle una audiencia pública, con lo cual no se genera un poder de veto, pero sí un espacio de conversación e intercambio de información entre las diferentes partes interesadas (*stakeholders*) en el trámite del licenciamiento ambiental. En tal sentido, no se trata tanto de un espacio de debate, discusión o adopción de decisiones, sino de intercambio de ideas e información. La audiencia se puede dar tanto en el marco del trámite de la licencia ambiental, como durante la ejecución del proyecto, obra o actividad¹⁸.

v) *Consulta previa*. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.3.3.3 del Decreto 1076 de 2015, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, la Ley 21 de 1991, el Decreto 1320 de 1998 compilado en el Decreto 1066 de 2015, el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 2353 de 2019, la Directiva Presidencial 01 de 2010 y la Sentencia SU-123 de 2018 de la Corte Constitucional, en los casos en que el proyecto, obra o actividad pueda generar impactos en las comunidades indígenas, rom, raizales o palanqueros, y/o comunidades afro organizadas como consejos comunitarios, habrá lugar a la consulta previa. Es requisito para presentar la solicitud de licencia ambiental que se haya agotado el proceso de consulta previa.

¹⁸ En la práctica la mayoría de los casos en que se presentan las audiencias públicas tienen lugar durante el trámite administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental. No es común que haya audiencias públicas mediante las cuales se realice el seguimiento y control, ya que la esencia de la audiencia no es tomar decisiones sino compartir información.

C. NECESIDAD DE PROMOVER NUEVOS ESPACIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA AMBIENTAL EN EL ACTUAL RÉGIMEN DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

Una vez es otorgada la licencia ambiental, los mecanismos de participación ambiental se limitan al derecho de petición, la consulta de expedientes y, muy raras veces, a las audiencias públicas de seguimiento y control. Estos espacios de participación ciudadana son insuficientes frente a la dinámica de las licencias ambientales.

A continuación se exhibe un listado de las actividades y/o situaciones que se presentan luego de otorgada la licencia ambiental, en las cuales no existe suficiente publicidad al respecto, como tampoco de su avance frente a la comunidad, lo cual implica la reducción de espacios de participación ciudadana ambiental.

i) *Modificación de las licencias ambientales por solicitud de parte (beneficiario)*. Considerando que la figura del tercero interviniente se extingue con el otorgamiento de la licencia ambiental, el público en general no tiene cómo conocer de cualquier solicitud de modificación, lo que conlleva la necesidad de garantizar la publicidad de la solicitud de modificación de la licencia ambiental, la cual debe ir más allá de la publicación del acto administrativo en la página web de la entidad o en la gaceta de la autoridad ambiental, e involucrar directamente, al menos, a la comunidad del área de influencia del proyecto licenciado.

ii) *Modificación de las licencias ambientales de oficio*. En el marco de lo dispuesto en los artículos 2.2.2.3.7.1 y 2.2.2.3.9.1 del Decreto 1076 de 2015, las autoridades ambientales pueden modificar de oficio las licencias ambientales, en cuyo caso suelen incluir la imposición de nuevas medidas para garantizar la debida gestión y el control de los impactos ambientales causados y/o generados durante el desarrollo del proyecto, obra o actividad. En esos casos, por tratarse de una decisión administrativa propia de la autoridad ambiental, no se incluye a la comunidad; de hecho, ni siquiera se le notifican las decisiones acordadas, lo que implica igualmente la necesidad de adoptar mecanismos de publicidad y participación ciudadana efectivos, lo cual debe ir más allá de publicar el respectivo acto administrativo en la gaceta correspondiente

o en la página web de la entidad, sino de garantizar el acceso efectivo a la información de manera oportuna por parte de la comunidad.

iii) *Notificación de cambios menores.* Por regla general, en los proyectos, obras o actividades sujetos al régimen de licenciamiento ambiental únicamente se puede desarrollar lo que expresamente se haya establecido en el Estudio de Impacto Ambiental lo cual debe ser analizado y autorizado por la autoridad ambiental competente mediante la respectiva licencia ambiental.

Sin perjuicio de lo anterior, los párrafos dos y tres del párrafo primero del artículo 2.2.3.7.1 del Decreto 1076 de 2015 señalan que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible puede establecer listados de actividades consideradas como cambios menores, en cuyo caso únicamente se requiere que el beneficiario de la licencia ambiental notifique la actividad con el fin de que la autoridad ambiental realice el seguimiento correspondiente.

En diferentes normas se incluyeron listados de actividades consideradas menores, , entre otras, el Decreto 770 de 2014 (comp. en el Dcto. 1076 de 2015) con las actividades del sector de infraestructura, la Resolución 1892 de 2015 con las actividades del sector de hidrocarburos y la Resolución 1259 de 2018 con las actividades del sector minero.

En dichos casos el beneficiario de la licencia ambiental simplemente notifica el cambio mediante un oficio en el cual debe demostrar que la actividad a desarrollar está dentro de las actividades listadas, y que no se requiere modificar formalmente la licencia ambiental, en la medida en que no se encuentra en ninguna de las situaciones y/o causales listadas en el artículo 2.2.2.3.7.1 del Decreto 1076 de 2015.

Este tipo de notificaciones no son suficientemente publicadas ni conocidas por la comunidad. Si bien la comunidad las puede evidenciar en los expedientes públicos, se requiere de la consulta permanente del expediente para conocer la notificación del cambio menor, por cuanto la notificación del cambio no implica la necesidad de socializar y/o informar el cambio a las comunidades del área de influencia del proyecto, obra o actividad licenciada¹⁹.

19 Se debe advertir que las autoridades ambientales no revisan si la actividad objeto de notificación del cambio menor entra o no en conflicto con lo que se haya consultado con las comunidades cuando hay lugar a consultas previas.

iv) *Pronunciamiento de cambio menor bajo giro ordinario*. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del parágrafo primero del artículo 2.2.2.3.7.1 del Decreto 1076 de 2015, cuando quiera que se requiera adelantar una actividad considerada cambio menor que no esté referida en ninguno de los listados previamente establecidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como cambio menor, el beneficiario de la licencia ambiental debe requerir de la autoridad ambiental competente que evalúe la solicitud y se pronuncie en un término máximo de veinte días hábiles respecto de si es o no necesario modificar la licencia ambiental.

Para estos efectos únicamente se requiere presentar un informe técnico-jurídico que demuestre que la actividad propuesta no está inmersa en ninguna de las causales de modificación de la licencia ambiental contenidas en el artículo 2.2.2.3.7.1 del Decreto 1076 de 2015.

A diferencia de las notificaciones de cambios menores que tan pronto se notifican se pueden poner en práctica, en el caso de los giros ordinarios se requiere el pronunciamiento previo y por escrito de parte de la autoridad ambiental para poder ejecutar la actividad propuesta.

Ahora bien, al margen del requerimiento de la autorización previa y por escrito de la autoridad ambiental, no existe ningún mecanismo de publicidad tanto de la solicitud como de la decisión de la autoridad ambiental frente a la comunidad ubicada en el área de influencia del proyecto y al público en general.

Si bien, como en el caso de los cambios menores, la información se puede consultar en los expedientes, ello no significa que el acceso sea efectivo y oportuno, pues no es realista pensar que es suficiente publicidad poder consultar una información en el expediente, como quiera que la autoridad ambiental no divulga las decisiones²⁰.

20 Como se indicó en el caso de las notificaciones de cambios menores, en los eventos de solicitud y pronunciamiento de cambios menores bajo giros ordinarios, las autoridades ambientales no suelen verificar si la actividad considerada como cambio menor obedece o no a lo consultado con las comunidades cuando hay lugar al proceso de consulta previa. Es muy raro encontrar casos en los que, previa a la definición de aprobación del cambio menor bajo giro ordinario, la autoridad haya realizado dicha verificación. Un ejemplo de ello se puede evidenciar en el expediente público del Puerto Multipropósito Puerto Bahía, en el que la ANLA autorizó la construcción de un viaducto adicional previa verificación del alcance de la consulta previa realizada con las comunidades del área de influencia del proyecto.

v) *Seguimiento y control*. En el marco de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.3.9.1 del Decreto 1076 de 2015, las autoridades ambientales deben realizar el seguimiento y control de los instrumentos ambientales.

La licencia ambiental no es un instrumento ambiental estático, sino que por el contrario es dinámico, esto es, que a medida que va evolucionando el desarrollo del proyecto, obra o actividad, la autoridad ambiental debe ir valorando la información que el beneficiario del instrumento ambiental presenta en los informes de cumplimiento ambiental, como la información y documentación a la que puede acceder bien sea de oficio o como resultado de las visitas técnicas de campo.

Con base en dicha información las autoridades ambientales elaboran requerimientos, bien sea mediante actos administrativos (autos) de seguimiento y control, o mediante audiencias (reuniones de seguimiento y control). En ambos casos los requerimientos son notificados únicamente al beneficiario de la licencia ambiental, y por ende, no se comunican dichas actuaciones administrativas (audiencias) o decisiones administrativas (autos) al público en general, y menos a la comunidad del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad.

Al respecto vale la pena señalar que en algunos casos la ciudadanía ha solicitado a diversas autoridades, entre ellas la ANLA, ser parte en las audiencias de seguimiento y control sin que dichas solicitudes sean exitosas²¹. De manera que bajo el marco del Acuerdo de Escazú posiblemente este será otro asunto que requerirá no solo de mayor publicidad, sino de garantías efectivas de participación ciudadana ambiental.

vi) *Sancionatorios ambientales y medidas preventivas*. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1333 de 2009, en los eventos en que haya presuntos incumplimientos de las obligaciones derivadas tanto de la licencia ambiental como de la normativa ambiental, y/o daños ambientales, las autoridades encargadas pueden imponer medidas preventivas y, paralelamente, iniciar los procedimientos sancionatorios (Del Valle, 2014).

Hoy en día no existe la obligación de comunicar directa y efectivamente los actos administrativos de imposición de medidas preventivas, como los

21 Oficio 2019203847-2-000 del 24 de diciembre de 2019 proferido por la ANLA.

proferidos en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental al público en general.

La mera publicación del acto administrativo en la página web de la autoridad ambiental o en la gaceta no es suficiente para asegurar que la comunidad ubicada en el área de influencia del proyecto, obra o actividad, o el público en general estén informados.

Si bien la información se puede consultar en el expediente ambiental, no hay forma de saber en tiempo real qué decisiones administrativas se han tomado, lo cual evidentemente dificulta la participación ciudadana. El hecho de dar publicidad oportuna y efectiva a dichas decisiones no implica de ninguna manera desconocer el principio de legalidad o los derechos al debido proceso, a realizar audiencias, a la defensa y a contradecir las decisiones.

Igualmente, si bien la Ley 1333 de 2009 ordenó que toda persona natural o jurídica que sea hallada responsable debe quedar inscrita en el Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA), y así lo reglamentó la Resolución 415 de 2010, en la práctica la información que reporta el RUIA no da fe ni del cumplimiento de las sanciones derivadas de la infracción ambiental, ni del cumplimiento de las medidas de remediación ambiental cuando quiera que haya lugar a ellas (Del Valle, 2014).

vii) *Contingencias ambientales*. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.3.9.3 del Decreto 1076 de 2015, en concordancia con lo señalado en la Resolución 1767 de 2016, cuando se presente una contingencia ambiental debe ser notificada a la autoridad ambiental dentro de las 24 horas siguientes a su ocurrencia.

Hoy en día, no existe una norma que obligue a hacer pública dicha información, más allá de la remisión de la información a través del sistema VITAL. De manera que no existe un mecanismo idóneo que realmente implique que la comunidad en general pueda tener acceso a la información de la contingencia ambiental en tiempo real, y por lo mismo, que pueda participar si así lo requieren como colaboradores en atención, como veedores y garantes de que el plan de contingencia se cumpla, como lo indica el numeral 5 del artículo 6.º del Acuerdo de Escazú.

viii) *Otras actuaciones*. Sin perjuicio de las actuaciones referidas, en el marco del proceso de ejecución del proyecto licenciado se pueden presentar otras actuaciones administrativas que tampoco cuentan con un mecanismo real,

efectivo y oportuno que garantice la participación ciudadana. Ejemplos de estas situaciones se presentan cuando hay cesiones parciales o totales del instrumento ambiental²², integración de licencias ambientales²³ o, inclusive, cuando se tramita la declaración de pérdida de vigencia de la licencia ambiental por ausencia de inicio del proyecto dentro del término de cinco años desde la ejecutoria de la licencia ambiental²⁴.

El Decreto 2041 de 2014, compilado en el Decreto 1076 de 2015, no establece ningún procedimiento que garantice la publicidad real de estos casos, de forma que no hay cómo conocerlos, a menos que se acceda al expediente o se eleve una consulta formal a la autoridad ambiental mediante un derecho de petición.

III. IMPLICACIONES DEL ACUERDO DE ESCAZÚ EN EL RÉGIMEN DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

El Acuerdo de Escazú establece diferentes disposiciones que necesariamente generarán un impacto en la manera como se provee, almacena y accede a la información de carácter ambiental. A continuación se listan algunos asuntos que posiblemente implicarán cambios tanto en el acceso a la información como en la adopción de las decisiones bajo el régimen de licenciamiento ambiental.

Se advierte que la presente lista de asuntos no pretende ser taxativa de los que merecerían especial atención cuando el ordenamiento jurídico colombiano adopte el Acuerdo de Escazú, pero sí los que el autor considera fundamentales en el interrelacionamiento entre licenciamiento ambiental y participación ambiental, y entre acceso a la información y justicia ambiental.

i) *Acceso a la información.* El Acuerdo de Escazú dispone que las autoridades gubernamentales en cada uno de los Estados deben garantizar que las personas puedan solicitar y recibir información sin necesidad de justificar interés alguno²⁵. Si bien en Colombia esta disposición cuenta con un respaldo normativo (arts. 69, 70 y 74 de la Ley 99 de 1993 y demás normas

22 Artículo 2.2.2.3.8.4 del Decreto 1076 de 2015.

23 Artículo 2.2.2.3.8.5 ibíd.

24 Artículo 2.2.2.3.8.7 ibíd.

25 Numeral 2 del artículo 5.º del Acuerdo de Escazú.

concordantes), el Acuerdo de Escazú propende porque el ejercicio del acceso a la información parta de la base de la disponibilidad de la información, más allá de que se pueda solicitar y consultar la información ante la autoridad ambiental. No obstante es posible solicitar información a las autoridades ambientales mediante un derecho de petición, bajo el Acuerdo de Escazú este derecho demanda de la autoridad ambiental una posición más dinámica y activa, de forma que no actúe solo como un sujeto pasivo que se limita a recibir peticiones y compartir información.

De igual manera, el Acuerdo establece que la autoridad que tenga en su poder el control y la custodia de la información garantice su fácil acceso a la comunidad en general²⁶, pero en particular a aquellas personas con limitaciones tanto para formular la solicitud como para remitirla²⁷, provisión que se debe ver no solo desde el punto de vista del acceso formal a la información, sino más de fondo, en términos de lenguaje y conocimiento²⁸.

ii) *Política de datos abiertos*. La política de datos abiertos²⁹ no solo implica que cualquier persona puede *solicitar* información a las autoridades ambientales, como en efecto ocurre actualmente en Colombia, pero también que las personas puedan acceder en tiempo real, en cualquier momento y sin ningún tipo de limitación o restricción³⁰ a la información ambiental de un proyecto, obra o actividad.

Así, por ejemplo, la información jurídica y técnica de las autoridades ambientales debe estar disponible tanto en los expedientes físicos como en las páginas web y en los sistemas de información digital de las entidades, lo que supone que ambos, el solicitante y la autoridad ambiental, deben generar soluciones tecnológicas que le permitan a la comunidad acceder en línea al Estudio de Impacto Ambiental, a las fichas de manejo ambiental y al plan de manejo ambiental, sin ningún tipo de restricción de horario, de tamaño de la información o de contenido de la documentación.

26 Sin perjuicio de que el mandato general es que la información sea pública, no se debe dejar de lado el reconocimiento expreso que realiza el Acuerdo de Escazú en los numerales 6 y siguientes del artículo 5.º en los que se limita el acceso a la información.

27 Numeral 3 del artículo 5.º del Acuerdo de Escazú.

28 Numeral 4 ibíd.

29 Numeral 9 del artículo 4.º ibíd.

30 Numeral 1 del artículo 5.º ibíd.

El Acuerdo de Escazú incorpora el principio de “máxima publicidad” que, en términos prácticos, significa que la autoridad ambiental debe garantizar que el público en general pueda acceder a la información que controla y custodia. Esta previsión, necesariamente implica que la autoridad debe liberar cualquier tipo de restricción respecto del contenido, tanto de los Estudio de Impacto Ambiental como de los planes de manejo ambiental, de manera que las comunidades y el público en general puedan acceder desde cualquier parte y en cualquier momento a dicha información, para lo cual resulta indispensable el uso adecuado de las tecnologías de la información.

iii) *Pasivos ambientales y sitios contaminados*. A la fecha de escritura del presente artículo Colombia aún no cuenta con una política integral de pasivos ambientales, la cual ha venido siendo trabajada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. De igual manera no hay claridad respecto del manejo que se le debe dar a los denominados “pasivos ambientales huérfanos”. Sin perjuicio de ello, la ratificación del Acuerdo de Escazú necesariamente acelerará tanto el análisis de la política pública ambiental, como su reglamentación, por cuanto el Acuerdo dispone que se debe informar públicamente cuáles son las zonas contaminadas, su localización y el tipo de contaminante³¹.

Actualmente, no existe en la regulación colombiana del régimen de licenciamiento ambiental un listado de pasivos ambientales y sitios contaminados, de manera que, de la mano del régimen de notificaciones y de activación del plan de contingencias ambientales ante la ocurrencia de las mismas, deberá crearse un registro en el que exista absoluta transparencia sobre sitios y lugares contaminados en el país, como del estado de avance para su respectiva remediación ambiental.

iv) *Información sobre conservación de recursos naturales y servicios ecosistémicos*. El régimen de licenciamiento ambiental y la ejecución de los proyectos implica en la mayoría de los casos la necesidad de llevar a cabo planes de compensación ambiental, bien sea por la sustracción de áreas, los aprovechamientos forestales, los levantamientos de veda, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, o por la pérdida neta de la biodiversidad³². Así

31 Literal E del Numeral 3 del artículo 6.º del Acuerdo de Escazú.

32 Resolución 256 de 2018, numeral 14 del artículo 5.º de la Ley 99 de 1993 y Decreto 2041 de 2014, compilado en el Decreto 1076 de 2015.

mismo, algunos proyectos requieren planes de inversión forzosa de no menos del 1%³³.

Bien sea que se trate de compensaciones ambientales o de inversión forzosa de no menos del 1%, actualmente no existe en el país un registro de las compensaciones e inversiones, sino que toda la información está segregada en múltiples expedientes ambientales.

Así las cosas, bajo el lineamiento del Acuerdo de Escazú³⁴ será necesario que las autoridades consoliden un sistema único de registro, seguimiento y monitoreo que permita realizar la adecuada trazabilidad al cumplimiento, tanto de las obligaciones de compensación ambiental como de la inversión forzosa de no menos del 1%, lo cual no solo será parte de cumplir con los mínimos requisitos de transparencia en la información, sino, además, permitir que los futuros planes de compensación e inversión forzosa puedan agregar valor a los esfuerzos de conservación.

v) *Gestión de residuos*. En la regulación actual no existe un registro único que contenga información respecto de la gestión, el transporte, el almacenamiento, el tratamiento y/o la disposición final de residuos, y menos aún de los generados por proyectos licenciados.

Si bien existen normas sobre gestión de residuos peligrosos que generen más de 10 Kg/mes en métricas de seis meses, en la práctica ello no corresponde a la totalidad de los residuos que generan los proyectos licenciados están obligados a reportar la información en el registro correspondiente aquellos generadores, pues no solo generan residuos peligrosos, sino que generan otro tipo de corrientes como residuos sólidos ordinarios, residuos sólidos de manejo especial, como los que son objeto de programas posconsumo o de recolección especial, y residuos de demolición y de construcción.

Al respecto el Acuerdo de Escazú³⁵ resalta la necesidad de consolidar un sistema que permita conocer públicamente la información agregada de generación de residuos por tipo de residuo y por tipo de proyecto, el cual deberá, igualmente, demostrar la trazabilidad de los encargados del transporte, el almacenamiento, el tratamiento y/o la disposición final. Inclusive, el

33 Artículos 43 de la Ley 99 de 1993 y 321 de la Ley 1955 de 2019.

34 Literal E del numeral 3 del artículo 6.º del Acuerdo de Escazú.

35 Literal I del numeral 3 del artículo 6.º ibíd.

Acuerdo³⁶ prevé que progresivamente el suministro de la información debe incluir la respectiva georreferenciación, de manera que en cualquier momento se puedan verificar geográficamente los lugares de generación, transporte, almacenamiento, tratamiento y/o disposición final de los residuos.

vi) *Registro de emisiones y contaminantes.* En Colombia no existe actualmente un registro que presente de manera pública la información de todas las fuentes fijas y móviles de generación de emisiones en proyectos licenciados, como tampoco que indique el tipo de contaminantes que emiten a la atmósfera. De igual manera, no existe un registro que consolide los permisos de emisiones atmosféricas, los estándares de emisión aplicables, y los resultados de las caracterizaciones y monitoreos que realicen los respectivos laboratorios acreditados por el IDEAM y contratados por los beneficiarios de las licencias ambientales, y los demás instrumentos de gestión, control y manejo ambiental.

De manera que en línea con lo dispuesto por el Acuerdo de Escazú³⁷ será necesario generar un registro que consolide la información de las emisiones atmosféricas producidas por los proyectos licenciados. Así mismo, el Acuerdo³⁸ dispone que el registro debe señalar la información de descargas de aguas residuales a cuerpos de agua, suelo y subsuelo, el cual a la fecha no existe.

vii) *Participación en la adopción de decisiones.* Como se explicó en la sección II del presente artículo, hoy en día existen en Colombia mecanismos de participación ciudadana que permiten la interrelación entre el público en general y la autoridad ambiental, con la previa adopción de decisiones ambientales; tal es el caso de los referidos instrumentos: derechos de petición, acceso a expedientes, audiencias públicas y reconocimiento de la figura del tercero interviniente.

De manera que no se desconoce la existencia de mecanismos de participación en el marco de la adopción de las decisiones ambientales; sin embargo, el Acuerdo eleva el estándar al establecer asuntos que requerirán de especial atención en su implementación como los que se listan y explican a continuación:

36 Numeral 3 del artículo 6.º ibíd.

37 Numeral 4 del artículo 6.º ibíd.

38 Ídem.

a. *Participación en etapas tempranas.* El Acuerdo de Escazú dispone que el involucramiento del público debe darse desde las fases más tempranas³⁹, lo que en el caso del régimen de licenciamiento ambiental implica abrir espacios de participación, hoy inexistentes, al momento de definir si un proyecto requiere o no adelantar un Diagnóstico Ambiental de Alternativas.

Así mismo, en las etapas tempranas de un proyecto de licenciamiento ambiental es necesario definir claramente el alcance de la participación del público y las comunidades en la identificación de los impactos, la proposición de medidas de manejo ambiental y la socialización del proyecto al momento de construcción y elaboración del Estudio de Impacto Ambiental.

De igual manera, el Acuerdo⁴⁰ dispone que no solo durante las fases preliminares, sino en cualquier momento, la autoridad debe poder identificar al público que se verá directamente afectado por los proyectos y actividades, de manera que se permita y garantice su participación. Es por eso que las autoridades ambientales deben validar dicha información, no solo en el marco de la definición del DAA, sino también en el trámite de la licencia ambiental y en el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental.

b. *Tiempos razonables.* Si bien hoy en día cualquier persona se puede hacer parte del trámite administrativo de licenciamiento ambiental bajo la figura de tercero interviniente, dicho reconocimiento realmente no le está dando la posibilidad al público de que se involucre efectiva y oportunamente en el trámite, pues su participación se limita a ser reconocido como tercero, y a que se le notifique tanto el auto que declara reunida la información, como la resolución que define el trámite administrativo.

Así las cosas, a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo de Escazú se requerirá otorgar plazos razonables para que el público pueda acceder a la información y participar de manera efectiva, aunque eso no necesariamente implica la ampliación de los términos actuales del licenciamiento ambiental, pero sí tener que invitar al tercero interviniente a participar en la visita técnica o en la reunión de solicitud de información adicional, si así lo desea el tercero.

39 Numeral 4 del artículo 7.º ibíd.

40 Numeral 16 del artículo 7.º ibíd.

De igual manera, esta misma disposición del Acuerdo⁴¹ conlleva la necesidad de abrir espacios de participación con posterioridad al otorgamiento de la licencia ambiental, lo que implica que la figura y el reconocimiento del tercero interviniente no necesariamente se extingue con el otorgamiento de la licencia ambiental, lo que genera implicaciones en términos prácticos de participación, como ocurriría al tener que darle a conocer nuevas solicitudes de modificación de la licencia ambiental, solicitudes de pronunciamiento de cambio menor bajo giro ordinario, notificaciones de actividades consideradas como cambios menores, modificaciones de oficio de la licencia ambiental, entre otros espacios en los que se defina un término razonable, que tendrá que ser definido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que dicho tercero se pueda pronunciar. Es de advertir que sus recomendaciones, observaciones y/o pronunciamientos no tienen poder de veto, sino que deben ser analizadas por la autoridad ambiental desde un punto de vista estrictamente objetivo y técnico.

c. Presentación de observaciones. Como se indicó en la Sección II del presente artículo, el público en general puede aportar observaciones, documentos y consideraciones en el marco del trámite de otorgamiento de la licencia ambiental.

Hoy en día, una vez otorgada la licencia ambiental se genera una absoluta desconexión entre el tercero y la autoridad ambiental, y, por supuesto, entre el tercero y el proyecto licenciado, rompiéndose así la trazabilidad en la información entre lo autorizado en la licencia ambiental y la implementación de las respectivas medidas ambientales ante la ejecución del proyecto.

El Acuerdo de Escazú⁴² dispone que es preciso garantizar la participación del público en la adopción de las decisiones, para lo cual se le debe dar la oportunidad de presentar observaciones ante la autoridad ambiental, de manera que las pueda tener en cuenta al momento de tomarlas. En términos prácticos esto implica que el público debe tener acceso a las solicitudes y la correspondencia, como la de los giros ordinarios o cambios menores, en la que el público debe poder tener la oportunidad dentro de un término razonable, de presentar sus observaciones a dichas notificaciones y solicitudes según corresponda. De nuevo, no se trata de un poder de veto de la ciudadanía

41 Numeral 5 del artículo 7.º *ibíd.*

42 Numeral 7 del artículo 7.º *ibíd.*

y del público en general, sino de que la autoridad ambiental tenga toda la información disponible para validar su decisión y contrastar la con la que existe, bien sea la que aporta el beneficiario de la licencia ambiental, o el público en general.

viii) *Asistencia técnica y jurídica*. Entendiendo que el acceso a la justicia ambiental se genera desde la misma sede administrativa, y no únicamente cuando se accede formalmente a la sede judicial, es preciso generar para el público espacios de asistencia técnica y jurídica.

El Acuerdo de Escazú⁴³ dispone que en los casos de grupos o personas en situaciones de vulnerabilidad se deben establecer mecanismos gratuitos que propendan a generar asistencia técnica y jurídica. Esta disposición es relevante, pues no sirve de mucho que existan mecanismos de participación, como la figura del tercero interviniente, si el público no tiene cómo discutir técnica y/o jurídicamente la documentación que se somete a consideración de las autoridades ambientales en el marco del licenciamiento ambiental.

Así las cosas, no se trata únicamente de abrir espacios de participación, sino de que además sean efectivos, lo cual implica romper con la asimetría de la información entre el peticionario de la licencia ambiental y el público, en particular las comunidades del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad objeto de la licencia ambiental, de forma que en el marco de la implementación del Acuerdo será necesario establecer mecanismos que permitan nivelar la información y, por ende, dar un debate técnico y jurídico en igualdad de condiciones.

CONCLUSIONES

De las consideraciones fácticas y jurídicas del presente artículo es posible presentar las siguientes conclusiones:

1. Hoy en día existen importantes mecanismos de participación ciudadana ambiental, entre ellos la Constitución Política de 1991 y la Ley 99 de 1993, lo cual implica que para el momento en que fueron expedidos eran cuerpos normativos de avanzada y revolucionarios.

⁴³ Numeral 5 artículo 8.º *ibíd.*

2. Si bien existen variados mecanismos de participación ciudadana, es necesario actualizarlos para poder hacer frente a las actuales demandas ciudadanas, como el estándar mínimo contenido en el Acuerdo de Escazú.

3. En el caso en concreto de los mecanismos de participación ciudadana ambiental aplicable al régimen de licenciamiento ambiental existen espacios y mecanismos como las audiencias públicas, el derecho de petición, el acceso a expedientes y la figura del tercero interviniente. Mecanismos que cada día son más utilizados por el público en general y por las comunidades localizadas en las áreas de influencia de los proyectos, obras o actividades licenciadas. Sin embargo, dichos mecanismos no garantizan el conocimiento de todas las decisiones que se adoptan en un proyecto, obra o actividad sujeto al régimen de licenciamiento ambiental, razón por la cual es necesario abrir nuevos espacios de acceso a la información y de participación ciudadana ambiental.

4. En las actuaciones administrativas del régimen de licenciamiento ambiental no existen mayores espacios de publicidad o de participación ciudadana ambiental, por ejemplo, en las notificaciones de cambios menores, las solicitudes de pronunciamiento de cambios menores bajo giros ordinarios, las modificaciones de oficio de las licencias ambientales, las nuevas solicitudes de modificación de las licencias ambientales, los reportes de contingencias ambientales, las cesiones de los instrumentos ambientales o las integraciones de licencias ambientales. Estos casos ameritan un estudio especial del regulador con el fin de definir si es o no necesario abrir nuevos espacios de participación para su adopción, como en el caso del acceso oportuno y efectivo a la información.

5. Una vez el Estado colombiano ratifique el Acuerdo de Escazú será necesario revisar y actualizar los mecanismos de participación ciudadana, lo cual se podrá hacer a partir de diferentes ejes temáticos, entre ellos los instrumentos de gestión, control y manejo ambiental, como las licencias ambientales. Para dichos efectos será necesario fortalecer los mecanismos actuales de participación ciudadana ambiental y abrir nuevos espacios de acceso a la información, por ejemplo, mediante la creación de sistemas de información que consoliden el inventario de pasivos ambientales y el registro consolidado de la gestión integral de los residuos generados por proyectos licenciados, y que permitan acceder en cualquier momento y desde cualquier lugar a los expedientes ambientales, incluyendo y sin limitarse a los actos administrativos que contienen

las licencias ambientales, los requerimientos, los Estudios de Impacto Ambiental, los planes de manejo ambiental específico, los resultados de caracterizaciones físico-químicas, los resultados de monitoreos, y en general la información fáctica, técnica y jurídica de cada proyecto, obra o actividad licenciada.

6. La actualización de los mecanismos de participación ciudadana ambiental aplicables al régimen de licenciamiento ambiental aparecen como una oportunidad que permita evitar conflictos ambientales por la generación y desarrollo de proyectos, obras o actividades sujetos a licenciamiento ambiental. Esto implica que la actualización e implementación de ajustes normativos debe considerarse desde las fases iniciales de dichos proyectos, es decir, desde el mismo momento en que se elaboran los Estudios de Impacto Ambiental, desde la instancia en la que se define si un proyecto requiere o no un Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Entre más pronto se vincule la participación ciudadana ambiental y se garantice el acceso a la información del proyecto, más probabilidad habrá de que haya una alineación de intereses y expectativas entre las comunidades del área de influencia de los proyectos, el público en general, las autoridades ambientales y los desarrolladores de los proyectos sujetos a licenciamiento ambiental.

7. La actualización de los mecanismos de participación ciudadana ambiental de cara al estándar mínimo que establece el Acuerdo de Escazú y su implementación en Colombia se debe hacer con sumo cuidado, buscando un equilibrio entre i) la participación ciudadana ambiental; ii) la autonomía administrativa de la autoridad ambiental que debe adoptar la decisión de si otorga o no la licencia ambiental, así como su respectivo seguimiento y control, y iii) el derecho a la libre competencia económica, la libertad económica, y la autonomía empresarial, los cuales se rigen por el principio de la función social y ecológica de la empresa.

Así las cosas, la participación ciudadana debe ser suficiente para garantizar el acceso a la información y que los aportes de las comunidades presentes en el área de influencias de los proyectos, y del público en general, sin que ello implique necesariamente un poder de veto, sean tenidos en cuenta por la autoridad ambiental en el marco del otorgamiento y seguimiento de instrumentos ambientales, y también para permitir el desarrollo empresarial en el marco del principio de desarrollo sostenible reconocido por el Acuerdo de Escazú.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA NAVAS, Ó. D. *La Constitución Ecológica de Colombia*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- CARDONA GONZÁLEZ, Á. H. “Análisis del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”, en *Lecturas de Derecho del Medio Ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- BARRAGÁN TERÁN, D.; L. MUÑOZ ÁVILA y A. SANHUEZA. *La importancia de la democracia ambiental para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe*, Bogotá, Escuela de Derecho Ambiental, Universidad del Rosario, 2020.
- BARRIT, E. *Global Values, Transnational Expression: From Aarhus to Escazú*, Kings College London, Inglaterra, 2019.
- CASTRO BUITRAGO, E. y F. CALDERÓN VALENCIA. *Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.
- CASTRO BUITRAGO, E. *Principio de participación en asuntos ambientales. El Principio 10*”, Bogotá, Escuela de Derecho Ambiental, Universidad del Rosario, 2020.
- COSTA CORDELLA, E. y G. BURDILES PERUCCI. “El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2019.
- DEL VALLE MORA, E. J. *Los principios constitucionales y legales en el régimen sancionatorio ambiental colombiano (Ley 1333 de 2009)*, Bogotá, Brigard y Urrutia Abogados S.A.S., Colegio Corporativo, 2014.
- ESCAZÚ AHORA! *Las sendas de Sociedad civil hacia el Acuerdo de Escazú en América Latina y el Caribe*, Perú, DAR, 2019.
- GONZAGA, J. “Conflictos ambientales: praxis, participación, resistencias ciudadanas y pensamiento ambiental”, *Revista Luna Azul*, Manizales, Universidad de Caldas, 2007.
- GÓMEZ PEÑA, N. *Colombia y el Acuerdo de Escazú*, Bogotá, Asociación Ambiente y Sociedad, 2018.

- HURTADO MORA, J. I. “Derecho a la participación y rol de la sociedad civil y del conocimiento tradicional en la implementación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático”, en *Lecturas de Derecho del Medio Ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- IPENZA PERALTA, C. A. *Un nuevo acuerdo regional para América Latina y el Caribe sobre el Principio 10 de Río, Acuerdo de Escazú*, Lumen, Perú, 2018.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, R. “Mirada jurisprudencial de la participación ciudadana en la política ambiental de la Constitución Política de Colombia 1991”, en *Ámbitos del derecho: reflexiones sobre tendencias y problemas jurídicos en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.
- MESA, G. *Justicia ambiental en estricto sentido*, Bogotá, Escuela de Derecho Ambiental, Universidad del Rosario, 2020.
- MESA, G. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- MUÑOZ ÁVILA, L. M. “Panorama de conflictos ambientales en las diferentes regiones naturales del país: un análisis desde la participación ciudadana”, en *Conflictos ambientales en Colombia: retos y perspectivas desde el enfoque de DDHH y la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.
- OLMOS GIUPPONI, B. *Forestry Environmental Democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights*, Wiley Reciel, Costa Rica, 2019.
- RODRÍGUEZ, G. A. y L. M. MUÑOZ ÁVILA. *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- RODRÍGUEZ, G. A. “La participación: un medio para prevenir y solucionar los conflictos ambientales en Colombia”, en *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- TARAPUÉS, E. y A. M. RICO. “Gobernabilidad y aspectos culturales en resolución de conflictos ambientales”, en *Conflictos ambientales en Colombia: retos y perspectivas desde el enfoque de DDHH y la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.
- UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO, FIMA, DAR. *Resumen Acuerdo de Escazú*, Bogotá, Universidad Alberto Hurtado, 2019.

VALENCIA HERNÁNDEZ, J. G. *El Acuerdo de Escazú y el derecho de acceso a la justicia ambiental como elementos centrales en la construcción de una ciudadanía ambiental global*, Bogotá, Escuela de Derecho Ambiental, Universidad del Rosario, 2020.

VARIAS ENTIDADES. “ABC del Acuerdo de Escazú”, 2018, disponible en [www.escazuahora.com.co], consultada el 14 de junio de 2020.



MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN
Editora

LUIS GUILLERMO ACERO GALLEGO
ÁNGELA MARÍA AMAYA ARIAS
ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
CONSTANZA BEJARANO RAMOS
LORENA CABRERA IZQUIERDO
ÁLVARO HERNANDO CARDONA GONZÁLEZ
EDUARDO DEL VALLE MORA
CLAUDIA GAFNER-ROJAS
WILLIAM IVÁN GALLO APONTE
MARÍA DEL PILAR GARCÍA PACHÓN
LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ
JORGE IVÁN HURTADO MORA
JULIANA HURTADO RASSI
ROBERTO LASTRA MIER
RODRIGO MACIEL CABRAL
JAVIER ALFREDO MOLINA ROA
CAROLINA MONTES CORTÉS
JORGE ANDRÉS OBANDO MORENO
DIANA GERALDINE QUEVEDO NIÑO
ALBA R. VERGARA