

JORGE IVÁN HURTADO MORA

*La licencia ambiental como condición
prevalente para evitar el daño*

Introducción. I. Consideraciones generales. A. Sobre el Daño Ambiental. B. Sobre la Licencia Ambiental. II. La licencia como condición prevalente para evitar un daño ambiental. A. Principales elementos de la licencia ambiental. B. Algunos comentarios al nuevo proceso de licenciamiento ambiental. Decreto 2041 de 2014. C. Principales cambios del proceso respecto al Decreto 2820 de 2010. D. Consideraciones finales. Conclusiones generales. Anexos. A. Esquema del proceso para la obtención de la licencia ambiental. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Como ya se anotó, este trabajo se enfoca en abordar el análisis de la licencia ambiental en su condición de mecanismo de control estatal sobre los recursos naturales renovables, y de cómo, atendiendo su naturaleza, elementos y objetivos, se erige en un instrumento válido para evitar la concreción de un daño ambiental.

Cuando se habla de daño se está, sin duda alguna, ante el escenario más severo de los muchos que pueden presentarse en la gestión, administración y cuidado de los recursos naturales renovables. La materialización de un daño a un ecosistema, recurso o bien de la naturaleza, determina que los esquemas de prevención y precaución fueron vulnerados y que, por ende, los instrumentos de control que ostenta la administración, de una u otra forma, fallaron. Lo anterior sugiere el emprendimiento de otra etapa –la represiva–, donde la autoridad, haciendo uso de las discrecionalidades y potestades que le otorga el ordenamiento legal, hace juicios de reproche a la conducta de aquel que no se sometió a las restricciones, indicaciones o parámetros dispuestos en la ley y allí, entonces, surge otro complejísimo tema relacionado con la capacidad de la autoridad ambiental para adelantar procesos sancionatorios con el pleno de garantías, pero sobre todo, con un diagnóstico integral técnico y científico, que le permita determinar e identificar los daños y su correlativa reparación.

Más que económico, como ha terminado por definirse en nuestro medio el proceso sancionatorio, su verdadero objetivo es la compensación a un ecosistema que fue arbitrariamente intervenido.

De otra parte, los esquemas de licenciamiento ambiental siempre han tenido una especie de pugna entre los actores que en él intervienen pues,

ni más ni menos, se está ante el mecanismo que permite a una actividad desarrollarse en un específico territorio, consumiendo parte de la oferta ambiental allí presente.

El análisis que acá se realiza busca contribuir a una discusión académica sobre la relación entre daño y licencia ambiental, para que, integrado a otras perspectivas y opiniones igualmente válidas, sirva de referente tanto a quien tiene la obligación de velar por el recurso, como a quien tiene que someterse a un control dentro del ejercicio de su proceso productivo. Siendo en su mayoría aportaciones propias, específicamente en lo relacionado con la licencia ambiental, es también preciso determinar que no es el sentido del texto ser gobernado por referencias doctrinales o de autor, salvo algunas muy concretas relacionadas con el daño.

Finalmente, se advierte que no es el daño ambiental el tema principal en este artículo, el cual solo se aborda de una manera muy general en torno a su definición; es, en cambio, la licencia ambiental el asunto que suscita en estas líneas el mayor interés, atendiendo su definición, contenido, trámite, externalidades, distorsiones, así como la reciente expedición de su último estatuto reglamentario: el Decreto 2041 de 2014.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A. SOBRE EL DAÑO AMBIENTAL

Establecer que se ha concretado un daño y su posterior tratamiento sugiere pensar en uno de los temas más complejos de la gestión ambiental, entre otras cosas, porque aún hoy es difícil utilizar reglas, mecanismos y valoraciones de sistemas jurídicos expedidos cronológicamente en escenarios donde la variable ambiental no generaba la preocupación y el cuidado que hoy demanda. Dichos sistemas no fueron alimentados con reglas específicas para el tratamiento de un problema que crece de la mano del desarrollo y su conexión evidente con el gasto de los recursos naturales renovables. Lo anterior determina que no siempre las analogías permiten dar una solución efectiva, pues es claro, por ejemplo, que el canal para valorar el daño que se produce en estricto sentido a un particular, no es el mismo para afrontar la solución del que involucra un derecho de los llamados sociales, como es el medio ambiente.

¿Quién cometió el daño?, ¿quién es el responsable de su reparación?, ¿solo quien infringió el ordenamiento y rebasó los límites permitidos, o también la administración pública, que no fue suficientemente diligente en el ejercicio del control?, ¿cuáles fueron los impactos que finalmente esa conducta irresponsable desencadenó, y si estos se pueden reparar o solo mitigar? ¿impacto, contaminación y daño son sinónimos?, ¿reparación y mitigación son sinónimos? En fin, estos y otros muchos interrogantes no son de fácil solución, lo cual ha permitido, no solo en el ámbito local sino también internacional, toda una serie de análisis jurídicos sobre el tema.

Ahora bien, este escenario se agudiza aún más cuando se habla de daño ambiental como consecuencia del conflicto armado y, en general, de todas las distorsiones que sufre el país. La confrontación armada tan recurrente y enquistada ha sido múltiplemente analizada desde todos los ámbitos para determinar sus efectos políticos, sociales, económicos y culturales, solo por mencionar algunos. Sin embargo, esos análisis se reducen cuando se trata de determinar los impactos al ambiente producidos por la guerra; atentar contra los ecosistemas como una estrategia bélica es una decisión grave en términos de menoscabo, no a un sistema político, sino a la colectividad que tiene pleno acceso a la salvaguarda constitucional donde se sustenta el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

Los daños producidos por la voladura de oleoductos, o el vertido directo de hidrocarburos a las fuentes hídricas, son tan severos que se habla por parte de sectores científicos, de un aniquilamiento total de especies que ni siquiera figuran en los inventarios de flora y fauna. Es decir, se estaría ante una situación de no retorno, donde términos como recuperación y restauración, se tornan muy lejanos.

En resumen, si abordar la materialización de un daño ambiental en un escenario de *legalidad* –referido por ejemplo a los que se originan como consecuencia del incumplimiento a unas obligaciones y responsabilidades impuestas en el acto administrativo que otorga una licencia ambiental– es tarea difícil, a pesar de tener identificado quien es el titular de dicha autorización y de estar dispuestos varios esquemas de seguimiento por parte de la autoridad competente, no se necesitan mayores elucubraciones para determinar que el panorama del daño es más difícil si se crea en los eventos antes referidos.

Desde la perspectiva jurídica son cuantiosos y valiosos los análisis que se han hecho sobre el daño ambiental; aunque no se considera el interés prio-

ritario de este escrito, sí será pertinente en las consideraciones que siguen referenciar, solo a manera de ilustración, algunos de ellos.

El tratadista JUAN CARLOS HENAO, en su artículo “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, define el daño como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (HENAO, 2000: 136). Entiende el profesor HENAO que en el patrimonio de una persona están incluidos todos sus bienes y derechos, involucrándose también los de naturaleza colectiva, los cuales, por formar parte de ese patrimonio, serían igualmente objeto de protección ante la materialización de un daño.

Con respecto a la discusión sobre si el medio ambiente es sujeto de derechos, el autor es contundente en afirmar que

... solo el ser humano es sujeto de derechos, y por disponer en su patrimonio de los derechos colectivos dispone de los mecanismos jurídicos para proteger el medio ambiente. Si el ser humano no existiera en el planeta el medio ambiente se autorregularía (HENAO, 2000: 137).

A propósito de la diferencia entre lo que se ha denominado daño ambiental puro –menoscabo de los bienes ambientales– y daño ambiental consecutivo –consecuencias de una injerencia sobre el medio ambiente, respecto a una persona determinada– establece el mismo autor que “la reparación del daño ambiental puro restablece el derecho colectivo vulnerado, con lo cual se excluye que restablezca sólo un derecho individual” (HENAO, 2000: 145).

Finalmente, el mismo autor determina con suficiente claridad que

... el daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que forman el medio ambiente, y que daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano (HENAO, 2000: 147).

Por su parte el jurista ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ (2001) en su obra *Instituciones de derecho ambiental*, refiriéndose al daño ambiental y sus consecuencias jurídicas, específicamente en lo tocante al caso español, determina que el desconocimiento de la legislación ambiental origina dos consecuencias: de una parte, la imposición de sanciones de naturaleza penal y/o administrativa, y, de otra, la obligación de reparar el daño causado, siendo la primera una finalidad represora y la segunda resarcitoria o reparadora.

Este esquema así planteado no difiere del sistema colombiano, el cual advierte que siendo la protección y cuidado del ambiente un tema vinculado a la estructura del derecho público, es el Estado, a través de sus autoridades competentes, el habilitado para someter una conducta ilegal a una especie de represión que derive en una sanción de carácter administrativo si la impone una autoridad ambiental, o penal, si es impuesta por el juez del conocimiento.

Las vías administrativa y penal no se excluyen, lo cual significa que una misma conducta podría ser censurada con el rigorismo de estas dos instancias; sin embargo, es necesario advertir que la simultaneidad del reproche no es sinónimo de eficacia, no solo frente a la sanción impuesta al responsable, sino, además, frente a la compensación del entorno vulnerado. Es funcional que exista un filtro o depuración en la vía administrativa para que a la vía penal solo lleguen algunas situaciones que, por su gravedad, materialicen la *última instancia* que caracteriza a este ordenamiento.

Como ya se señaló, una sanción por infracciones cometidas al medio ambiente debe tener como objeto la mitigación, compensación y/o recuperación de los espacios, especies o ecosistemas intervenidos arbitraria o ilegalmente; darle solo una connotación económica o de censura es un error pues es más importante que las estadísticas de una autoridad con potestad sancionatoria sean gobernadas por el número de escenarios ambientales protegidos, mitigados o recuperados, y no por el número de sujetos sancionados o valores económicos ingresados al presupuesto por pago de multas.

En torno a las infracciones ambientales, la Ley 1333 de 2009 (art. 5.º), mediante la cual se establece el actual régimen sancionatorio ambiental, determina que estas pueden ser consideradas a partir de dos supuestos: a. Toda acción u omisión que constituya violación del ordenamiento legal, y b. La comisión de un daño con las mismas reglas utilizadas para configurar la responsabilidad civil extracontractual establecidas en el ordenamiento civil: daño, hecho generador con dolo o culpa y nexo causal.

El precepto aludido, entre muchas otras lecturas o interpretaciones, determina que todo desconocimiento de la estructura reguladora ambiental, por acción u omisión –realizar una emisión excediendo los límites permisibles o captar agua de fuente pública sin la debida concesión– no necesariamente desencadena en un daño. Salvo otras opiniones igualmente válidas, se considera que impactar y dañar no pueden ser sinónimos; el impacto se mitiga, el daño se repara. Quizás por la reflexión antes sentada es que la ley ya mencionada advierte en su artículo 4.º que “Las sanciones administrativas

en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la ley y el Reglamento...”; en otras palabras, no toda sanción que se le establezca a un infractor ambiental ordenará, consecuentemente, reparar un daño.

Surge de igual manera el apremio para la autoridad de desplegar dentro del proceso sancionatorio toda su diligencia y pericia, de forma que le permita determinar sobre bases científicas cuáles son las verdaderas consecuencias de la conducta antijurídica; si solo impactó o si, por el contrario, la actividad fue lo suficientemente grave que trascendió a la concreción de un daño. Por esto mismo, no es de recibo que a propósito de esta clase de proceso, la autoridad acoja en sentido literal la presunción de culpa del infractor que estableció la Ley 1333 de 2009 (art. 1.º, parág.), y se supedite a formular un pliego de cargos, aguardando pasivamente a que el infractor pueda, mediante los medios probatorios a su alcance, desvirtuar dicha presunción. Esa actitud puede traer dos consecuencias: a. Que no pueda establecer con certeza los efectos nocivos al ecosistema y por tanto no sean identificadas las medidas mitigadoras, compensatorias o reparadoras idóneas, y b. Que la conducta quede impune o que, sancionada, la sanción no tenga proporcionalidad respecto de la infracción cometida.

Siguiendo con el análisis del profesor BETANCOR, este determina que la sanción, bien sea en su órbita penal o administrativa, necesita que

... la violación de la ley esté previamente tipificada como delito o infracción administrativa (art. 25 CE). En cambio, la reparación precisa del daño, del daño ambiental. Así pues, las consecuencias jurídicas de la ilicitud precisan la tipificación de la violación y que se haya producido un daño (BETANCOR, 2001: 1241 y 1242).

Es evidente que en un Estado donde el principio de legalidad gobierna sus actuaciones, tanto conductas como sanciones deben estar previamente contenidas en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, si no estuviera elevada a mandato legal la obtención previa de una licencia ambiental para la explotación de una mina de carbón, o si el sistema penal no tipificara como delito la contaminación ambiental, sencillamente la administración no podría cobijar con su cohercibilidad a quien ejecute el proyecto minero sin obtener dicho control, o no podría el juez censurar por la vía penal una conducta que produzca contaminación, si allí no está consagrada.

De igual manera solo se podrá hablar de *reparar* cuando efectivamente se determine la causación de un daño ambiental, y allí es donde debe dimensionarse la interdisciplinariedad y transversalidad del derecho ambiental, pues esa determinación solo puede provenir de quien maneje el conocimiento y la experticia científica.

Para el profesor BETANCOR (2001) es jurídicamente posible que se puedan dar las siguientes situaciones:

1. La reparación sin sanción: cuando la acción es jurídicamente lícita pero productora de daños ilícitos que deberán ser reparados por el responsable.
2. La sanción sin reparación: cuando la acción antijurídica no es productora de daños por lo que el responsable sólo será sancionado y la reparación no ha lugar porque no hay nada que reparar
3. Sanción y reparación (p. 1243).

Estando plenamente de acuerdo con estas variables, los siguientes ejemplos podrían enmarcarse en cada una:

1. La ejecución de un proyecto legitimado con el otorgamiento previo de una licencia ambiental trascendió en la mera producción de un impacto originado en cualquiera de sus actividades, para convertirse en un daño. Ahora bien, desde otra esfera, en esta hipotética situación debe evaluarse la actuación de la autoridad ambiental, para preguntarse si ese daño producido es producto de una condición sobreviniente de la misma naturaleza o si, por el contrario, responde a una negligencia en el proceso de evaluación y seguimiento de esa autoridad.

2. Captar agua de una fuente pública sin la obtención previa de la respectiva concesión: el caudal de la fuente es lo suficientemente amplio, de forma que la conducta ilícita no afecta ni pone en peligro el acceso aguas abajo de una población que toma el recurso para abastecer su acueducto municipal. La acción es ilícita y desconoció el ordenamiento pero no produjo un daño ambiental.

3. Sin autorización previa una empresa hace vertidos de sustancias tóxicas a una fuente hídrica. Las sustancias sin ningún tratamiento impactan de forma tan grave al recurso que producen un daño. Esta es la situación más severa pues la conducta se sancionará seguramente con una cuantiosa multa y paralelamente se ordenará la reparación del daño, en este caso, el cometido al recurso hídrico.

Una variable del daño ambiental que también se hace necesario dimensionar es aquella que contribuye a fracturar uno de los principios

referentes en la gestión de los recursos naturales renovables, como es el Desarrollo Sostenible. Efectivamente, si como consecuencia de aquel hay una disminución ostensible de la oferta ambiental, se producirán dos efectos inmediatos: a. No podrán autorizarse proyectos, obras o actividades en ese específico territorio, pues al existir una carencia de recursos naturales, será complejo alcanzar un equilibrio entre las dos variables, y es bien sabido que si la balanza no se puede mantener, deberá inclinarse hacia la protección de la naturaleza, y b. Se tornará muy difícil garantizar la oferta ambiental para las generaciones futuras.

En lo relacionado con la distinción entre daño personal y daño ecológico puro, el tratadista BETANCOR (2001) determina:

[...] Los personales afectan directamente al patrimonio de una persona porque los recursos son de su propiedad o el daño ambiental aflige otros derechos como la salud o la vida. Los daños ambientales puros son los que sufre la naturaleza como un todo sistémico pero sin tener en cuenta una afectación directa e inmediata sobre los derechos de una persona determinada (p. 1252).

Finalmente, para BETANCOR no cabe la distinción entre daños ambientales personales y daños ambientales puros, porque “todos los daños ambientales son personales, pero no porque afectan a la esfera de derechos de un sujeto, sino porque afectan a su esfera de deberes” (BETANCOR, 2001: 1253).

B. SOBRE LA LICENCIA AMBIENTAL

No hay duda de que el marco trazado a partir de la Constitución Política de 1991 le dio a los derechos grupales o colectivos el posicionamiento que no alcanzaron en la estructura Constitucional de 1886. La elaboración de esta carta de navegación para el Estado contó, sin duda alguna, con la concurrencia de muchas ideologías que, aunque encontradas, sentaron los cimientos de conceptos transversales como *Estado Social de Derecho* y *Democracia Participativa*.

Los intereses afines al grupo social, traducidos en derechos colectivos, adquirieron una categoría superior respecto a los derechos individuales o fundamentales. En otras palabras, la Constitución vigorizó una regla de oro del derecho público: *el interés general prima sobre el particular*. En el rango de los derechos e intereses colectivos fue dispuesto el derecho de la ciudadanía a gozar de un medio ambiente sano, reconociendo su importancia,

su estrategia como derecho y el deber de conservación, lo cual solo guardó coherencia con una tendencia local y mundial, atendiendo al carácter supranacional del ambiente.

Consecuente con el reconocimiento de este derecho, el orden constitucional procedió a postular toda una serie de preceptos encaminados expresa o tácitamente a su protección. Para el efecto determinó, entre otros, que el medio ambiente es: a. Una responsabilidad del Estado; b. Un derecho colectivo; c. Un direccionador del modelo de desarrollo económico; d. Una limitante a la propiedad privada; e. Un elemento integrador de la política internacional del Estado, y f. Un elemento que está presente en el organigrama de toda la administración pública. Lo anterior así descrito se traduce en lo siguiente:

a. Aunque los particulares son sujetos de derechos y obligaciones, el cuidado, guarda, sostenibilidad y pervivencia de los recursos naturales renovables es una responsabilidad que le atañe al Estado. Para ese cometido el ordenamiento legal (Ley 99 de 1993) creó el Sistema Nacional Ambiental –SINA– nutrido por una serie de elementos estratégicamente dispuestos para concretar esas responsabilidades estatales relacionadas con el medio ambiente. Entre estos elementos destacan las autoridades de orden nacional, regional y local que, dotadas de unas específicas funciones y competencias, tienen el encargo de garantizar el buen cuidado del ambiente.

b. La Constitución Política es una proclama y un reconocimiento de derechos de diferente naturaleza; así, el derecho a gozar de un medio ambiente sano es colectivo porque no está monopolizado por una persona individualmente considerada sino que pertenece al grupo, y, por tanto, cualquier injerencia arbitraria al entorno es una afrenta contra esa colectividad, y cualquier persona estará habilitada y legitimada para procurar su defensa y la recuperación de los daños, si es que se causaron.

c. Por cuanto es un derecho de orden superior el medio ambiente debe ser el eje donde gravita el desarrollo económico; esta consideración se concretó en la Constitución al advertir que el Estado debía planificar el uso de los recursos naturales sobre un riguroso marco de sostenibilidad, entendida como la búsqueda de un equilibrio armónico entre el sector económico y el gasto de la oferta ambiental en que este se sustenta.

d. Que el medio ambiente se constituya en una limitante a la propiedad privada significa dejar por fuera del dominio privado bienes públicos ambientales, como los parques naturales nacionales y otras áreas estratégicas

de conservación. De otra parte, resaltando el carácter superior del medio ambiente, se proclamó la función social y ecológica de la propiedad privada.

e. Una de las características relevantes del ambiente es su supranacionalidad, lo cual significa que los ecosistemas no responden a límites espaciales ni territoriales, y que los esquemas de soberanía ceden ante escenarios de interés común entre Estados. La jerarquización normativa se alimenta del planteamiento antes referido, para advertir que los tratados y convenios internacionales son instrumentos estratégicos en el tratamiento global del ambiente.

f. Aunque se han creado autoridades específicas encargadas de manejar y vigilar el buen uso y cuidado de los recursos naturales, lo cierto es que al hacer un análisis desprevenido de la administración pública se determina que, de una u otra forma, su estructura está influenciada por el medio ambiente, el cual adopta necesariamente un criterio transversal. Tendrán relacionamiento con la variable ambiental los ministerios, los entes territoriales, las entidades descentralizadas, los organismos de control, etc.

Es importante advertir que lo antes descrito no es lineal sino pendular, surgiéndole a cada postulado una serie de externalidades, distorsiones y debates que no son de la esencia de este documento; sin embargo, se podría advertir: a. El bajo empoderamiento que pueden llegar a tener algunas autoridades ambientales para cumplir a cabalidad sus funciones y por tanto garantizar rigurosamente el derecho a un ambiente sano; b. El carácter de individual que vía jurisprudencial se le ha endilgado al medio ambiente, pues se entiende que este es condición previa para el ejercicio de otros derechos; c. La dificultad para alcanzar el desarrollo sostenible dentro de un marco político y territorial tan complejo en lo social, ambiental, económico, cultural, étnico, etc.; d. Los territorios de específica protección ambiental que hoy están siendo depredados por un conflicto armado que arrasa la oferta ambiental y genera desplazamientos forzados. De igual forma, áreas de parques ocupadas *legítimamente* por particulares que prueban la legalidad de su dominio; e. Los instrumentos internacionales no garantizan la conservación global del ambiente, cuando se advierte que las relaciones entre Estados son relaciones de poder y que cualquier acuerdo está gobernado solo por buenas intenciones, y f. No es necesariamente sinónimo de eficacia la dispersión funcional en el tema ambiental.

Frente a la protección ambiental la Constitución Política de 1991 no albergó un régimen de extremos, es decir, no promovió el gasto de la oferta

ambiental sin parámetros de conservación, pero tampoco aniquiló cualquier proceso de desarrollo en aras de la perpetuidad ambiental. Por el contrario, su derrotero se concentró en la sostenibilidad como concepto fundamental y necesario para garantizar la preservación del entorno y, de paso, promover el desarrollo económico.

Cuando se habla de alcanzar la sostenibilidad ambiental en el marco de la ejecución de actividades que impacten al entorno y los ecosistemas, la licencia ambiental se erige, sin duda, como la herramienta administrativa creada por el Estado para materializar y volver eficaces los postulados que integran el principio de desarrollo sostenible, entendido como la búsqueda de un equilibrio armónico entre el sector productivo y el gasto de la oferta ambiental en que este se sustenta. Así las cosas, la licencia es el mecanismo de control más importante con que cuenta la administración pública ambiental para neutralizar daños y mitigar, corregir, compensar y subsanar los impactos que un proyecto pueda producir, no solo los ambientales, sino también los de orden social, étnico, cultural, etc.

Anotado lo anterior, se evidencia que si el ejercicio fundamental dentro de un proceso de licenciamiento ambiental es la identificación de impactos y la determinación clara de medidas que los mitiguen, es fundamental un análisis riguroso y diligente de la autoridad competente, la cual deberá contar con equipos interdisciplinarios que sobre la base de una valoración técnica-científica, puedan garantizar que la ejecución de esa específica actividad se haga de forma sostenible.

De otro lado, es una verdad irrefutable que las relaciones entre desarrollo y ambiente están gobernadas por una constante tensión, hecho que se traslada al régimen de las licencias ambientales y se traduce en la falta de unificación de criterios que los actores de la gestión ambiental (empresa y comunidad) tienen sobre lo que debería estar o no sujeto a una licencia, los tiempos para su otorgamiento, el criterio para identificar impactos y establecer medidas compensatorias, los mecanismos de evaluación y seguimiento y, en fin, otra serie de vicisitudes.

Todo el régimen teórico de la gestión sobre los recursos naturales renovables se materializa en la licencia ambiental, de ahí su importancia que incluye, entre otras, las siguientes razones: a. En ella se concreta la sostenibilidad; b. Es un instrumento que, a propósito de la ejecución de un proyecto, obra o actividad, permite identificar impactos y determinar sus correspondientes medidas de mitigación, corrección y compensación; c. Es el mecanismo de

control estatal más importante sobre la buena gestión de los recursos naturales; d. Es un instrumento de planeación ambiental porque a través de su otorgamiento o negación, también se pueden generar esquemas sobre el ordenamiento de un territorio; e. Autorizar la ejecución de un proyecto, a través de una licencia ambiental, significa colateralmente la posibilidad de generar una serie de valores agregados en términos sociales y económicos para un territorio, y f. Otorgar una licencia ambiental sin una rigurosa evaluación interdisciplinaria del Estudio de Impacto Ambiental por parte de la autoridad competente, pondría en riesgo la protección del entorno y propiciaría la materialización de daños ambientales.

II. LA LICENCIA COMO CONDICIÓN PREVALENTE PARA EVITAR UN DAÑO AMBIENTAL

Sentadas como quedaron las anteriores consideraciones tanto del daño como de la licencia, el ejercicio que queda y que no demanda dificultad, es confirmar cómo este mecanismo de control se constituye en una de las condiciones necesarias requeridas, y para tal fin dispuestas con el objetivo final de evitar daños al medio ambiente.

Inicialmente se considera necesario detenerse en el análisis de los elementos integradores de la licencia. Seguidamente, y con un sentido de oportunidad, se anotan algunas consideraciones relacionadas con el nuevo estatuto de licenciamiento establecido mediante el Decreto 2041 de 2014 y los cambios producidos frente al anterior régimen contenido en el Decreto 2820 de 2010.

A. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA LICENCIA AMBIENTAL

1. La licencia es la autorización que mediante un acto administrativo motivado otorga una autoridad competente para el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. En dicho acto deben quedar contenidas con suficiencia todas aquellas medidas indispensables para que las actividades permitidas sean sostenibles.

2. La ley ha establecido una serie de autoridades competentes (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, grandes centros urbanos, y entes

territoriales por expresa delegación de las CAR) encargadas del licenciamiento ambiental, de acuerdo con unas reglas establecidas en los respectivos estatutos reglamentarios (Dcto. 2041 de 2014).

3. En el proceso de licenciamiento ambiental tiene cabida la elaboración, por parte del interesado en obtener el control, de dos estudios: el Diagnóstico Ambiental de Alternativas –DAA– y el Estudio de Impacto Ambiental –EIA–. El DAA es un estudio que solo se elabora si se enmarca dentro de unas condiciones establecidas por la norma y depende de la discrecionalidad de la autoridad; por el contrario, el EIA es un estudio obligatorio pues en él se vierte toda la información del proyecto y es la que precisamente se somete a la evaluación de la autoridad.

4. Para la elaboración de los estudios ambientales que deben ser presentados en un trámite de licenciamiento ambiental es necesario que la autoridad evaluadora suministre al peticionario los correspondientes términos de referencia, entendidos como los parámetros o instrucciones a tener en cuenta en la confección de aquellos.

5. La normatividad relacionada con el proceso de licenciamiento ha unificado, al interior de las autoridades competentes, los procesos de evaluación y seguimiento a través de sendos manuales adoptados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. De igual forma, se ha establecido una metodología para la presentación de estudios ambientales y un formulario único de solicitud de licencia ambiental.

6. El término de duración de una licencia ambiental es el tiempo de vida útil del proyecto. El ordenamiento legal no establece licencias ambientales con términos de duración fijos.

7. Aunque el proyecto se encuentre ubicado en la jurisdicción de dos o más autoridades, sólo una de estas podrá ser legitimada para otorgar la licencia ambiental, sin que ello signifique dejar sin competencia a las otras para que intervengan, sobre todo en la fase del seguimiento.

8. La licencia ambiental tiene dos etapas definidas; una primera de evaluación, que comienza cuando se hace la respectiva solicitud y termina cuando la licencia se otorga o se niega; y una de seguimiento, que se origina precisamente en el otorgamiento de la licencia y acaba cuando finaliza la última obra, fase o etapa del proyecto.

9. El incumplimiento por el titular de la licencia ambiental de las obligaciones impuestas en ella dará lugar al inicio de un proceso sancionatorio administrativo, el cual podría terminar con la imposición de una sanción.

10. La negligente evaluación ambiental de un proyecto, la omisión en la ejecución de obligaciones por parte del titular y una precaria labor de seguimiento, entre otros aspectos, podrían generar un daño ambiental de consecuencias gravosas y algunas veces irreparables para el ambiente.

11. Todos los mecanismos de participación ciudadana establecidos para garantizar que la comunidad participe en la defensa del derecho al goce de un medio ambiente sano pueden ser maniobrados dentro de un trámite de licenciamiento ambiental. Las licencias ambientales que en su proceso de otorgamiento han sido permeadas por espacios de participación, son más sostenibles, legítimas y democráticas.

12. Cumpliendo unos requisitos de ley la licencia ambiental se puede ceder parcial o totalmente. Para que este negocio jurídico produzca efectos deberá contar con el visto bueno de la autoridad ambiental que la otorgó.

13. Atendiendo al carácter dinámico de la naturaleza, una licencia que se otorga y que, precisamente, permite usar y aprovechar una serie de recursos naturales encontrados en un territorio, debe tener la prerrogativa de ser modificada para incorporar nuevas situaciones, hechos o impactos que no existían al momento de su expedición. Un imperativo para la autoridad que otorgó una licencia ambiental es acompañar la ejecución del proyecto a fin de verificar y fiscalizar en todo momento que cumpla de forma rigurosa con las obligaciones impuestas. Lo anterior sustenta que la licencia podrá ser modificada cuantas veces sea necesario para que no se ponga en riesgo el entorno ambiental de la actividad.

14. Cuando la licencia ambiental es otorgada por una autoridad del orden nacional, como la ANLA, surge la necesidad de darle a conocer a la autoridad ambiental regional con jurisdicción en el área del proyecto el EIA, para que después de la correspondiente evaluación elabore un concepto con énfasis en los recursos naturales que el proyecto utilizará.

B. ALGUNOS COMENTARIOS AL NUEVO PROCESO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL. DECRETO 2041 DE 2014

Finalizando el 2014 fue expedido un nuevo régimen de licenciamiento ambiental mediante el Decreto 2041, que derogó expresamente el Decreto 2820 de 2010. Atendiendo esta coyuntura, es importante dejar sentado en el presente trabajo algunas consideraciones sobre este compendio. Como ya se referenció, la expedición de un nuevo estatuto origina en los actores

de la gestión ambiental todo un debate en torno a su alcance. Se puede afirmar que los argumentos de uno u otro lado, según se esté en el sector que requiere de la licencia para desarrollarse, o en el ámbito comunitario presto a defender su derecho constitucional a un medio ambiente sano, son casi constantes y predecibles.

Lo cierto es que siendo tan importante la licencia como mecanismo de control necesario para alcanzar la sostenibilidad, y de paso evitar daños al entorno, es necesario que el operador jurídico tenga la suficiente ponderación, planeación y medida para expedir procesos de licenciamiento ágiles y eficientes, pero simultáneamente garantes de la conservación ambiental. No es de recibo alguno que una autoridad ambiental se demore cuatro o cinco años para expedir una licencia, pero tampoco que la solución a esta evidente distorsión sea el establecimiento de procesos que puedan poner en riesgo una correcta valoración de los impactos que un proyecto puede llegar a producir.

La lectura integral que arrojan los contenidos de este nuevo estatuto, así como su filosofía, permiten determinar una intención institucional de volver el trámite de licenciamiento más funcional en términos procesales. Si bien esta intención es más que válida, cabría preguntarse si optimizando lo ritual no termina por ponerse en riesgo lo sustancial. La sostenibilidad es definitivamente de doble vía entendiendo que también hay unas garantías para el usuario de la licencia, sin perder de vista que la defensa del medio ambiente tiene una especialísima prioridad.

Por considerarlo de interés, en el apartado de anexos de este documento se establece, a manera de tabla, un paralelo entre los cambios sustanciales introducidos en el Decreto 2041 de 2014, con respecto a los contenidos del derogado Decreto 2820 de 2010. Así mismo, se incorpora el esquema del proceso de licenciamiento, mostrando cada una de sus etapas.

Seguidamente se hará, de manera breve, concreta y resumida, una descripción de ese nuevo esquema procesal, en el entendido que fue allí donde se dieron los cambios más relevantes.

Una primera etapa del licenciamiento está referida a la solicitud que el interesado debe hacerle a la autoridad ambiental competente acerca de la necesidad o no de presentar un DAA. Será la autoridad la que, de acuerdo a su discrecionalidad, determinará el deber de elaborar o no este estudio. Si la respuesta es positiva, el interesado procederá a elaborar el estudio, mostrando las diferentes maneras o métodos de ejecutar el proyecto sin desmedro

del entorno ambiental. Si la respuesta es negativa, el interesado iniciará la construcción obligatoria del EIA.

La autoridad, respecto del DAA presentado, surtirá la correspondiente evaluación y escogerá la alternativa más favorable para el cuidado de la oferta ambiental, y sobre la base de esta alternativa ordenará la elaboración del EIA. Obtenido el estudio, con o sin etapa previa de DAA, el interesado reunirá una serie de anexos los cuales, sumados al EIA serán entregados a la autoridad, solicitando formalmente el otorgamiento de la respectiva licencia ambiental.

Una vez recibida toda la documentación, la autoridad, mediante acto administrativo, iniciará el correspondiente trámite, para lo cual será necesario surtir unos requisitos procesales de comunicación, notificación que obligatoriamente debe darse, pues su omisión pondría en serio riesgo la legitimidad de toda la actuación y, de contera, la validez del acto administrativo que otorgue o niegue la licencia.

Seguidamente la autoridad procede a la evaluación del EIA mediante un equipo interdisciplinario; si surge la necesidad de pedir información adicional al interesado, se podrá hacer por una única vez y a través de una reunión que convocará la mencionada entidad. De igual manera, la autoridad podrá pedir información y conceptos a otras instituciones, las cuales tendrán un plazo para remitir la información, que no podrá tener el carácter de vinculante.

Finalmente, la autoridad, en un mismo término, debe expedir un acto de trámite donde declara reunida la información necesaria para tomar una decisión acerca de otorgar o negar la licencia y, a través de una resolución suficientemente motivada, toma finalmente la decisión de fondo. Contra el acto administrativo que otorga o niega una licencia ambiental solo procede el recurso de reposición, y una vez resuelto se entiende agotada la vía gubernativa. Cualquier otra confrontación contra la decisión tendrá entonces que ser actuada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

C. PRINCIPALES CAMBIOS DEL PROCESO CON RESPECTO AL DECRETO 2820 DE 2010

– En este nuevo decreto se esquematiza mucho más la etapa del DAA: recibido el estudio, la autoridad revisa que se ajuste al manual de evaluación y, si lo considera pertinente, práctica una visita. Si el diagnóstico no se ajusta al manual, se dará por terminado el trámite. Otra novedad en esta etapa es la

posibilidad de pedirle al interesado información adicional, estableciéndose un término para allegarla y teniendo la prerrogativa de solicitar una prórroga adicional. Si la información solicitada no es allegada en el término o en su prórroga se ordenará el archivo con la actuación.

– Con respecto a los anexos de la solicitud, la norma determina como novedad la posibilidad de que la autoridad liquide el valor a pagar por concepto de evaluación de la licencia. De igual forma, se introduce otro anexo denominado “Formato para la verificación preliminar de la información” aprobado por la autoridad.

– Sobre al auto que inicia el trámite, el decreto determina que deberá ser expedido *inmediatamente* una vez se haga la respectiva solicitud.

– De igual forma que con el DAA, una vez recibido el EIA la autoridad procederá a determinar si se ajusta al manual de evaluación y, si lo estima conveniente, practicará una visita. Si no se ajusta a dicho manual se archivará la actuación.

– Una de las novedades más importantes se refiere al sistema de oralidad que se introduce para pedir información adicional al interesado en una reunión que se convocará por una sola vez a través de un oficio. A dicha reunión asistirá la autoridad que adelanta el trámite, el interesado en el proyecto y, en caso de ser la ANLA la autoridad citante, podrá también acudir. Las decisiones orales que se tomen en la reunión podrán ser controvertidas mediante el recurso de reposición, el cual será resuelto inmediatamente. Igual que con el DAA, el peticionario tendrá un término para allegar la información pudiendo solicitar prórroga adicional. Si no allega la información la actuación terminará con el archivo de lo hasta allí actuado.

– El Decreto vigente determina un solo término (30 días) para que la autoridad expida el auto que declara reunida la información, y el auto (resolución) que otorga o niega la licencia ambiental.

Sentadas a *grosso modo* las principales novedades, se puede determinar como positivo que: a. Se establezca un esquema más amplio y claro en sus etapas; b. El proyecto sea sometido a una especie de prueba que debe pasar so pena de ser archivada la actuación. La confrontación de los estudios frente al manual de evaluación permite incorporar, desde el inicio, un filtro eficaz sobre la construcción de estos documentos y su rigorismo, y c. Se dé al peticionario la posibilidad de solicitar prórrogas para la entrega de la información adicional, cuando en ocasiones esa información es compleja en su consecución.

De igual manera, se considera negativo: a. Establecer una carga para la autoridad, supeditando la petición de información adicional a un único momento, no porque en sí eso sea complejo, sino porque, ante un desbalance evidente en las autoridades ambientales regionales es posible determinar que algunas no tienen la capacidad para establecer con prontitud cuál es la información que debe ser requerida; b. Que se deje a discreción de la autoridad la posibilidad de hacer o no una visita al área de ejecución del proyecto; por obvias razones, y siendo este un tema de orden técnico donde se debe confrontar en campo el EIA, pareciera más que obligatoria la necesidad de hacer siempre la ya referida visita, y c. La falta de claridad en el vocablo *inmediatamente* utilizado como término para proferir el auto de inicio del trámite. Si el efecto buscado era que se hiciera lo más rápido posible, la palabra riñe con el rigor procesal y lo que puede interpretar la autoridad es que será su criterio el que prime para definir cuándo efectivamente lo proferirá.

D. CONSIDERACIONES FINALES

Para su desarrollo el modelo económico necesita utilizar la oferta ambiental, del mismo modo que todo proyecto, obra o actividad impacta en mayor o menor grado al entorno donde se ejecuta. Siendo ello así, y estando las dos variables –ambiente e industria– cobijadas con la protección del orden constitucional, la administración pública debe encaminar toda su gestión a procurar que cualquier actividad de orden económico que se pretenda realizar en un territorio cumpla con unas condiciones previas que la hagan sostenible, en el entendido de que los impactos generados puedan ser suficientemente mitigados.

Se tiende erróneamente a concluir que cualquier impacto es por sí mismo un daño; este hecho llevaría a establecer que a través del otorgamiento de una licencia el mismo Estado estaría legitimando una intervención grave y muchas veces irreparable frente a un ecosistema. Elevar a categoría de sinónimos impacto y daño dentro de una licencia es un escenario gravísimo, pues se desconocería flagrantemente todo el andamiaje constitucional de protección ambiental, fracturando la filosofía de la sostenibilidad en que se inspiraron sus mandatos.

Cuando en en la evaluación estratégica e interdisciplinaria de un trámite de licencia ambiental la autoridad concluye que no hay medidas suficientes de mitigación, y que existen altas probabilidades de que los impactos se

conviertan en daños, simplemente no podrá otorgarle a esa actividad dicha licencia. Tanto es así que si precisamente esa balanza no puede mantenerse equilibrada, es legítima su inclinación hacia el lado de la protección ambiental y no al contrario.

Ahora bien, no es una garantía absoluta que una vez otorgada la licencia se neutralice la comisión de un daño ambiental, pues dependerá del cumplimiento de las obligaciones impuestas a su titular, y del seguimiento riguroso y constante de la autoridad, que ello no suceda. De la misma manera, pueden llegar a sobrevenir circunstancias imprevistas que no pudieron preverse en la evaluación y que escaparon de la gobernanza de la autoridad, las cuales también podrían desembocar en un daño.

Todo lo anterior lleva a determinar:

1. La necesidad de mantener la obligación legal de obtener la licencia ambiental como condición previa para ejecutar un proyecto que pueda causar impactos al ambiente.

2. El empoderamiento y capacidad financiera, administrativa y técnica de la autoridad para adelantar procesos rigurosos de licenciamiento ambiental.

3. La base técnica y científica como sustento vital en la toma de decisiones sobre el otorgamiento o negación de una licencia ambiental, pues será lo que impide que un proceso de licenciamiento sea permeado por un proceso político con consecuencias nefastas.

4. La garantía de la autoridad para procurar los espacios ciudadanos en los procesos de licenciamiento.

5. La obligación del usuario de la licencia de construir estudios ambientales ajustados a los términos de referencia dados por la autoridad.

6. La necesidad de que la autoridad actualice los términos de referencia relacionados con cada sector productivo, a fin de promover la elaboración de estudios donde con facilidad se puedan identificar esos impactos negativos al entorno y las medidas de mitigación, corrección y/o compensación necesarias.

7. Toda conducta ilícita que atente contra el ambiente y que produzca un daño debe tener una censura administrativa, y penal si es del caso, amén de la reparación de ese específico daño.

8. Otorgar una licencia ambiental solo es la mitad del camino de una responsabilidad compartida entre usuario y autoridad. El seguimiento a las obligaciones que se le establezcan a un proyecto debe ser un proceso impostergable, oportuno y constante.

9. Los entes territoriales tienen claras y precisas competencias y funciones ambientales, y su ingerencia en la gestión de los recursos debe trascender de un carácter meramente residual a uno principal; en ese sentido, deben convertirse también en garantes y vigilantes de las licencias otorgadas por ellos mismos, si fuera el caso, o por las autoridades ambientales propiamente dichas.

10. Ante el carácter dinámico de la oferta ambiental será siempre conveniente revisar los estatutos reglamentarios del proceso de licenciamiento ambiental para determinar la conveniencia, o bien de incluir otros proyectos en la obligación de obtener para su ejecución una licencia, o bien para excluir otros que por su bajo impacto pueden acceder a un mecanismo de control menos complejo.

11. Paralelo al sistema de control institucional existente se debe propiciar y promover el autocontrol del sector económico, pues solo a través de las iniciativas y buenas prácticas empresariales podría pensarse en un escenario de desregularización.

CONCLUSIONES GENERALES

A lo largo de este documento se han sentado premisas que pueden ser tomadas como conclusiones en cada uno de los apartados; sin embargo, a manera de conclusiones generales, se puede determinar:

1. El escenario más dramático en la gestión de los recursos naturales renovables es la producción de un daño, puesto que se ve abocado el entorno a una situación de no retorno, donde se hace difícil restaurar las condiciones ambientales de un territorio a su estado inicial.

2. Cuando se habla de daño ambiental se está ante un menoscabo de carácter colectivo, pues el derecho a gozar de un medio ambiente sano pertenece al grupo y no a una persona individualmente considerada.

3. No todo impacto genera necesariamente un daño al medio ambiente. Así mismo, la generación de un daño puede concretarse a partir de una situación tanto lícita como ilícita.

4. La licencia ambiental es uno de los mecanismos habilitados para franquear una amenaza de daño ambiental, pues durante la evaluación de un proyecto que se somete a su obtención se deben identificar las intervenciones negativas que se pueden causar al ambiente y las medidas que las mitiguen, así como la posibilidad de daño.

5. El sistema sancionatorio debe procurar que el responsable de una conducta ilícita no se quede sin censura, pero su verdadero objetivo es, o bien compensar esa ilicitud o, en caso de concretarse el daño, imponer la reparación.

6. El daño ambiental es la consecuencia de la intervención más severa que pueda darse a un entorno, ecosistema, recursos natural renovable o bien ambiental, casi siempre en desarrollo de una conducta ilícita, lo cual sugiere el desconocimiento y violación del sistema legal establecido para la conservación, defensa y sostenibilidad del medio natural.

7. Un daño es el evento menos deseado dentro de la gestión ambiental, pues su tratamiento reviste una mayúscula dificultad, entre otras cosas, porque los sistemas normativos no regulan el tema específicamente, lo cual implica realizar ejercicios análogos que no siempre son adecuados.

8. Es deber e imperativo institucional activar todos los sistemas de control establecidos para evitar el daño al medio ambiente, así como la aplicación oportuna de principios tan importantes para tal fin como la prevención y la precaución. Algunos daños pueden llegar a ser tan graves, que las probabilidades de recuperación de lo impactado son mínimas.

9. La determinación, verificación, cuantificación y las medidas reparatorias de un daño ambiental son situaciones que deben estar gobernadas por una valoración técnica y científica. Si ello no es así, se agravaría aún más la situación del entorno depredado al establecerse, por ejemplo, medidas que no son las idóneas ni las procedentes para su reparación.

10. Cuando se habla de un daño ambiental se está correlativamente ante una vulneración al derecho colectivo de gozar de un medio ambiente sano, solo que, siendo esa la esencia del menoscabo, puede, colateralmente, sufrir también detrimento el derecho de una persona individualmente considerada. Como se sabe, siendo el medio ambiente una universalidad, le pertenece a todo el conglomerado, lo cual habilita a cualquier persona para defenderlo a través de las acciones y mecanismos que prevé la ley.

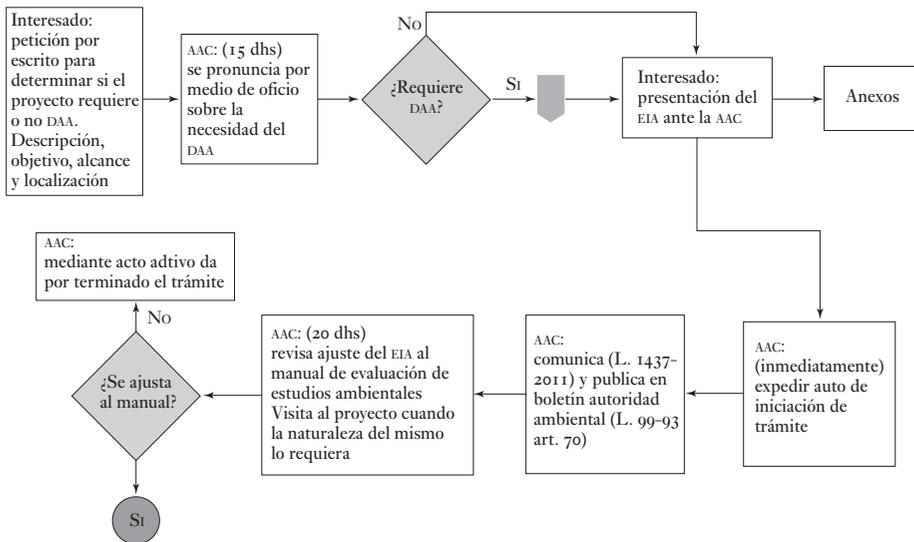
11. A pesar de su ilicitud, no toda conducta genera necesariamente un daño ambiental. De igual manera, también es posible que una actividad amparada por un mecanismo de control y la vigilancia de la autoridad competente, genere un daño ambiental.

12. Es preciso determinar que *impacto ambiental* y *daño ambiental* no pueden ser términos sinónimos. Si no alcanzan la categoría de daño los impactos se mitigan, mientras que si los daños se concretan, se reparan.

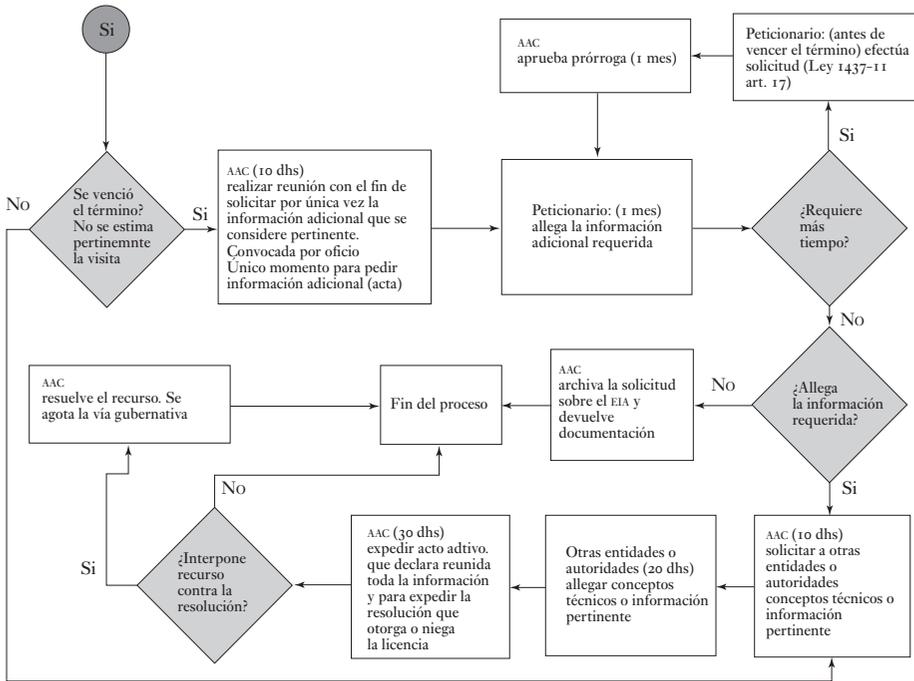
13. El proceso sancionatorio ambiental vigente debe brindar criterios claros a las autoridades con potestad sancionadora para diferenciar cuándo la infracción ambiental se produce por desconocimiento de una norma y cuándo por la producción de un daño.

ANEXOS

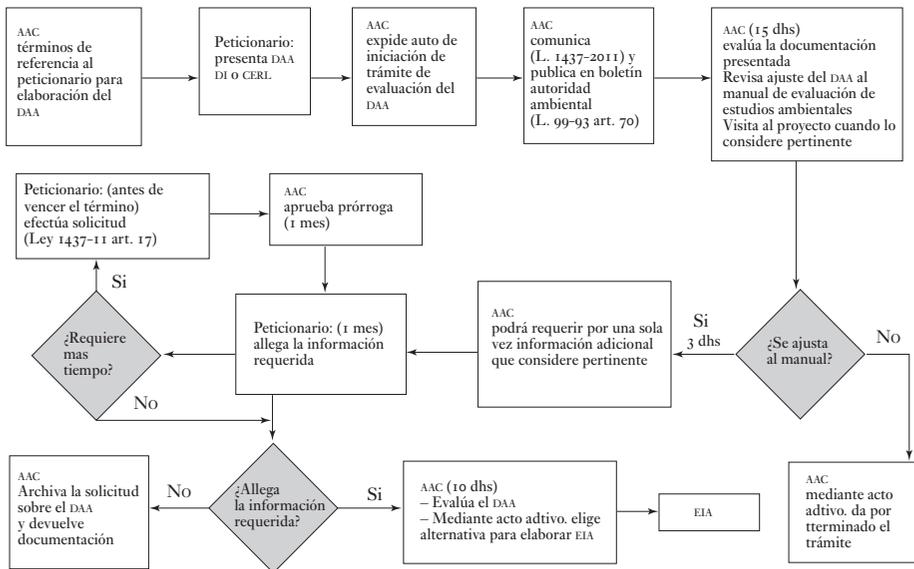
A. ESQUEMA DEL PROCESO PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL. DECRETO 2041 DE 2014



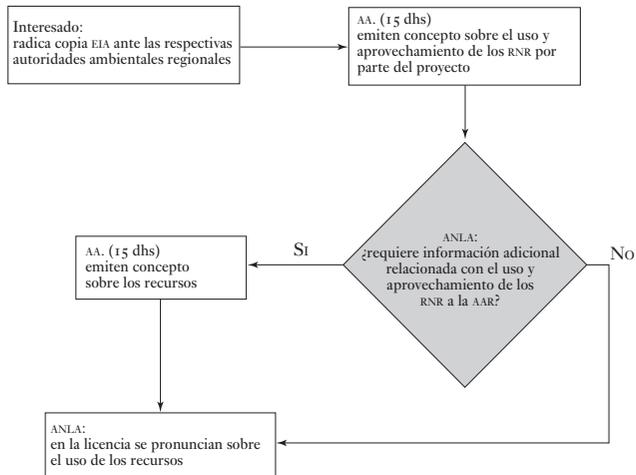
- Anexos de la EIA a la solicitud de LA
- FUNLA
 - Plano de localización del proyecto con base en cartografía del IGAC.
 - Costo estimado de inversión y operación del proyecto.
 - Poder debidamente otorgado.
 - Constancia de pago por servicios de evaluación de la LA para solicitudes ante la ANLA (hay que autoliquidar previamente). En caso de requerir liquidación por la autoridad, ésta debe ser solicitada con 15 dh de antelación.
 - Documento de identificación o certificado de existencia y representación legal.
 - Certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas en el área del proyecto.
 - Copia de radicación ante el ICANH del programa de arqueología preventiva.
 - Certificado de la Unidad Adtiva. Especial de Gestión de Tierras despojadas, donde se indique la superposición de áreas macro y micro focalizadas por dicha unidad.
 - Formato aprobado por la Autoridad Ambiental para la verificación preliminar de la documentación
 - Proyectos mineros: copia del título minero y/o contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el RNM.
 - Proyectos de hidrocarburos: copia del contrato.



SI REQUIERE DIAGNÓSTICO AMBIENTAL DE ALTERNATIVAS (DAA)



CUANDO EL LICENCIADOR ES LA ANLA



BIBLIOGRAFÍA

HENAO, J. C. “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, en AA.VV. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

RODRÍGUEZ, A. B. *Instituciones de derecho ambiental*, Bogotá, La Ley, 2001.

Referencias normativas

Constitución Política de 1991.

Decreto ley 2811 de 1974.

Decreto 2041 de 2014.

Ley 99 de 1993.

Ley 1333 de 2009.