



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5 CO)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#).

[Advertencia](#)

Usted es libre para:



Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe darle crédito a esta obra de manera adecuada, proporcionando un enlace a la licencia, e indicando si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo del licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con finés comerciales.



Sin Derivar — Si usted mezcla, transforma o crea nuevo material a partir de esta obra, usted no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — Usted no puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Aviso:

Usted no tiene que cumplir con la licencia para los materiales en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.

No se entregan garantías. La licencia podría no entregarle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como relativos a publicidad, privacidad, o derechos morales pueden limitar la forma en que utilice el material.

Licenciamiento ambiental en Colombia y su debate frente a la compensación ambiental

Lina Poveda¹

Resumen

Durante mucho tiempo, las empresas que desarrollaban distintos tipos de proyectos, que afectaban los ecosistemas de Colombia, no tuvieron un esquema claro para la reposición de los daños ambientales causados, ante el poco desarrollo legislativo que tenía este aspecto, de tal suerte, que la destrucción de un humedal o un manglar, entre muchos otros ejemplos de ecosistemas, no causaba una responsabilidad cierta por parte de quien los afectaba. Este es un panorama que parcialmente comenzó a cambiar, hace algún tiempo cuando se comenzaron a dar una serie de medias jurídicas que diseñaron un nuevo esquema de compensaciones, que considera aspectos como la reposición por cada hectárea de un ecosistema colombiano que sea afectado por un proyecto, que obliga a quienes ocasionen el daños ambientales, a responder con entre 2 y 10 hectáreas, de acuerdo al daño causado. Aunque este parece ser un elemento que brinda una mayor protección a los ecosistemas colombianos, en miras de su prevención y reparación ante las acciones depredadoras de las organizaciones que se vean involucradas, es pertinente evidenciar la limitada efectividad que ha tenido la misma, a la luz de las que pueden ser, acciones insuficientes para tratar de defender cada uno de los ecosistemas del país y el cada vez mayor otorgamiento de licencias ambientales. En este sentido se desarrolla el actual documento.

¹ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Palabras claves: Derecho al medio ambiente sano, principio de precaución, licencias ambientales, compensación ambiental, conflicto ambiental.

Abstract

For a long time, companies that were developing different types of projects affecting Colombia's ecosystems, did not have a clear outline for the replacement of the environmental damage caused before the legislative development that about this this, in such a way, that the destruction of a wetland or a mangrove swamp, among many other examples of ecosystems, did not cause a certain responsibility by those who affected them. This is a scenario that partially started to change, some time ago when they began to give a series of legal procedures, designed a new compensation scheme, which considers aspects such as the replacement for each affected hectare in the Colombian ecosystem by a project which requires the environmental damage, to respond with between 2 and 10 hectares, according to the damage caused. Although this seems to be an element that provides greater protection to Colombian ecosystems, in view of its prevention and redress predatory actions of organizations that see involved, it is pertinent to demonstrate the limited effectiveness that has had the same, in the light of which may be insufficient to try to defend each of the country's ecosystems and increasing environmental licensing actions. In this sense the current document is developed.

Keywords: Right to a healthy environment, precautionary principle, environmental licenses, environmental compensation, environmental conflict

Introducción

Durante largo tiempo, las empresas de explotación de recursos, han desarrollado en Colombia distintos tipos de proyectos, que han afectado los ecosistemas, esto, por no tener un esquema claro para la reposición de los daños

ambientales causados, consecuencia del poco desarrollo legislativo que tenía este ámbito jurídico, de tal suerte, que la destrucción de un humedal o un manglar, entre muchos otros ejemplos de ecosistemas, no causaba una responsabilidad cierta por parte de quien los afectaba (Andrade, Rodríguez y Wills, 2012).

Este es un panorama, que parcialmente comenzó a cambiar hace algún tiempo, cuando se comenzaron a dar una serie de medias jurídicas que diseñaron un nuevo esquema de compensaciones, el cual consideraba aspectos como la reposición por cada hectárea de un ecosistema colombiano que sea afectado por un proyecto, y obliga a quienes ocasionen el daños ambientales, a reponer entre 2 y 10 hectáreas de ecosistema, de acuerdo a la afectación causada (Sarmiento, 2014).

Aunque este parece ser un elemento que brinda una mayor protección a los ecosistemas colombianos, en miras de su prevención y reparación ante las acciones depredadoras de las organizaciones que se vean involucradas, es pertinente indagar por la efectividad que ha tenido la misma, a la luz de las que pueden ser, acciones insuficientes para tratar de defender cada uno de los ecosistemas del país y el cada vez mayor otorgamiento de licencias ambientales, como a su vez lo afirma Castaño y Galeano (2011).

Sobre lo dicho se realiza la actual investigación, que sigue un orden temático, donde no solamente se acude a presentar la parte técnica de aplicabilidad de la compensación ambiental, y lo correspondiente en materia de licencias ambientales, sino que también muestra un contenido normativo y jurídico sobre el que sustentará el diálogo analítico, con miras de realizar un balance sobre la aplicabilidad y alcance de este ámbito normativo colombiano.

1. Estado actual de la compensación ambiental en Colombia

De entrada se define la compensación ambiental, como una serie de instrumentos administrativos y mecanismos legales de que dispone el Estado para

la gestión ambiental que busca “resarcir y retribuir a las comunidades, la regiones, las localidades y el entorno natural por los impactos o efectos negativos que no puedan ser corregidos, mitigados o sustituidos” (Decreto 2041, 2014), cuando acciones antrópicas de carácter económico, principalmente asociadas a minería, exploración y extracción petrolífera y, desarrollos y/o adecuaciones de infraestructura, tienen lugar (Soto y Sarmiento, 2014).

En este sentido, existen una serie de mecanismos que buscan la compensación, para evitar una pérdida neta de biodiversidad, a través de intervenciones de restauración, mejora o preservación de un ecosistema equivalente al afectado en distintas áreas a donde tiene lugar el impacto ambiental causado por la acción del hombre con fines de desarrollo económico (Sarmiento, 2014).

La compensación ambiental, puede también tener lectura desde lo económico, para la cual la compensación se viene a explicar a través de distintos modelos, que básicamente buscan los óptimos de conmensurabilidad entre la afectación y el beneficio, empero, se prefiere no agotar esta ruta analítica en el actual documento, aunque se puede orientar al trabajo de Carlos Díaz (2014), en el que de manera clara, explica los distintos modelos que se reconocen en este sentido.

En suma, se tiene que la compensación ambiental se presenta como una condición de restauración eco-sistémica, por la que en la explotación de distintos tipos de recursos naturales, se busca que quien lo intervenga repare la afectación causada a través de distintas medidas administrativas, que contemple la intervención positiva del medio ambiente, como también de las personas que son parte de las zonas intervenidas (Kandel y Dimas, 2004). En lo que sigue, se detalla esta situación para el caso colombiano.

1.1. Marco normativo estructural de la compensación ambiental en Colombia

Amparado en el ordenamiento constitucional, en sus artículos 8, 79, 80, 88 y 95 y en los parámetros establecidos en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, en Colombia, la compensación ambiental se inserta en la regulación del licenciamiento ambiental desde 1993, a través de la Ley 99, en un proceso marcado por un continuo desarrollo de los criterios y lineamientos que definen su estructuración por parte de las autoridades ambientales del país.

Dicho proceso, ha permitido sentar las bases de un desarrollo normativo en torno a cuatro instrumentos compensatorios como son; las compensaciones ambientales incluidas en los requisitos de licenciamiento ambiental; la sustracción de áreas de reserva forestal; el aprovechamiento forestal; y la compensación por aprovechamiento de especies amenazadas, regulada de manera diferencial dependiendo del tipo de especie (Rojas, 2013).

De otra parte, se encuentra el régimen de licencias ambientales en Colombia, contenido en el título VIII de la Ley 99 de 1993 y reglamentado por el Decreto 2041 de 2014, donde se establece el carácter de compensación obligante para llevar a cabo cualquier tipo de actividad económica que pueda incurrir en relevante menoscabo medio ambiental, importante afectación a los recursos naturales renovables o notables alteraciones paisajísticas (Rojas, 2013).

Su asignación, se da en función del tipo de actividad económica a desarrollar, las dimensiones y la ubicación del proyecto, y corresponde su estudio a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales [ANLA], y a las Corporaciones Autónomas Regionales [CAR], empero, los centros urbanos cuya población sea igual o superior a 1.000.000 de habitantes, tendrán la autonomía para el ejercicio de licenciamiento ambiental, a través de las autoridades creadas para tal fin, si las mismas no se encuentran en la jurisdicción administrativa del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MinAmbiente] (Vélez, et. al., 2005).

El otorgamiento de las licencias constriñe “al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada” (Decreto 2041 de 2014), siguiendo una clara metodología para compensar los perjuicios ambientales, que se materializa en el Manual para la Asignación de Compensaciones por pérdida de Biodiversidad, Resolución 1517 de 2012 (Sarmiento, Buitrago y Cardona, 2015)

Lo consignado en las normas anteriores, constituye un obligatorio instrumento para todo aquel que desee tramitar una solicitud de licenciamiento ambiental frente a la ANLA, por competencia del Ministerio de Ambiente (MinAmbiente, 2014), quedando por consiguiente, aquellos proyectos licenciados por las diferentes CAR ya que demandan manejos especiales, las sustracciones de reserva forestal, los aprovechamientos forestales y los levantamientos de veda, fuera de su alcance (MinAmbiente , 2012).

Este manual surge de la preocupación por conservar la rica biodiversidad del país, que constituye el 14% del total mundial, con el objetivo de “mejorar la situación de la diversidad biológica, salvaguardando los ecosistemas, las especies y la diversidad genética”, en un intento por determinar y cuantificar las cargas compensatorias por pérdida de biodiversidad (MinAmbiente, 2014), a partir de la respuesta a tres inquietudes centrales como son: 1) cuánto compensar en términos de área, 2) dónde realizar la compensación y 3) cómo compensar (MinAmbiente , 2012).

Se debe señalar, que el manual difiere de instrumentos como son los Estudios de Impacto Ambiental [EIA] y los Diagnósticos Ambientales de Alternativas [DAA], que son requisitos previos al otorgamiento de licencias ambientales por parte de las CAR, Resolución 1503 de 2010, y que los planes de compensación sujetos al manual son exigidos con un plazo de hasta un año después del otorgamiento de la licencia ambiental, Resolución 1517 de 2012.

Para el caso de las compensaciones ambientales por sustracción de áreas de reserva forestal, corresponde a la autoridad ambiental competente, a partir de estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales que disponga el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, establecer las medidas de compensación, restauración y recuperación a que haya lugar, según lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011.

Las medidas de compensación serán entendidas como la implementación de medidas de recuperación y rehabilitación para la restauración ecológica del área temporalmente sustraída en el caso de sustracciones temporales, y de compensación con un área cuyo valor ecológico y extensión equipare al área sustraída de la reserva forestal cuando se trate de sustracciones definitivas, ya sean éstas dentro del área de la reserva forestal o fuera, en áreas que la CAR haya priorizado para adelantar proyectos de restauración y/o recuperación (Resolución 918 de 2011).

Las medidas de restauración ecológica, entendidas como los procesos de contribución al restablecimiento de ecosistemas que hayan experimentado menoscabo, deterioro o ruina a partir de una base referencial, “es una actividad deliberada que inicia o acelera la recuperación de un ecosistema con respecto a su salud, integridad y sostenibilidad y busca iniciar o facilitar la reanudación de estos procesos, los cuales retornarán el ecosistema a la trayectoria deseada” (Resolución 1526 de 2012, artículo 10).

La norma en comento, señala que las medidas de recuperación, son aquellas acciones enfocadas a devolver la utilidad de un ecosistema sin partir de una base de referencia de un estado previo a la afectación, dado que el reemplazo de un ecosistema deteriorado, no conducirá necesariamente al alcance del estado original del ecosistema, sin embargo, se viabiliza una recuperación ambiental de ayuda para el entorno ambiental.

En cuanto a las compensaciones por aprovechamientos forestales, solamente aplican a los que tienen lugar una única vez en zonas donde a partir de

estudios técnicos se pueda comprobar que éstos puedan ofrecer un uso del suelo mejor en otro tipo de actividades diferente al forestal o si median razones de utilidad pública e interés social, así, “los aprovechamiento forestales únicos pueden contener la obligación de dejar limpio el terreno, al término del aprovechamiento, pero no la de renovar o conservar el bosque” (Decreto 1791 de 1996, artículo 5).

La posibilidad de que un interesado pueda llevar a cabo un aprovechamiento forestal único está sujeto al trámite ante la autoridad ambiental con jurisdicción sobre el área de referencia en su solicitud formal, tanto el estudio técnico que demuestra una aptitud de uso del suelo diferente al forestal, como el plan de aprovechamiento forestal que incluye la destinación de los productos forestales adquiridos y el plan de compensación ambiental (Decreto 1791 de 1996, artículo 13).

De otra parte, el otorgamiento de la licencia, por parte de la autoridad ambiental, contendrá al menos la relación de las “medidas de mitigación, compensación y restauración de los impactos y efectos ambientales” (Decreto 1791 de 1996, artículo 30), ahora, para el caso de aquellos proyectos exentos del requisito de licencia ambiental, se requiera un plan de manejo ambiental e impliquen remoción de bosques, las medidas de compensación que deban ser llevadas a cabo con procesos de reforestación siguiendo los lineamientos establecidos por las Corporaciones o los centros urbanos competentes (Decreto 1791 de 1996).

Para el caso de los proyectos con volúmenes iguales o menores a 20m³, que se lleven a cabo bajo licencia ambiental o plan de manejo ambiental, “bastarán las obligaciones y medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación, impuestas en la licencia ambiental, o contempladas en el plan de manejo ambiental” (Decreto 1791 de 1996, artículo 60).

Finalmente, en cuanto al aprovechamiento de especies amenazadas, su conservación, protección, restauración y fomento de la flora y fauna silvestre, se

han emitido una considerable cantidad de resoluciones que consagran vedas sobre especies de fauna y flora en el territorio nacional expedidas por el Inderena, MinAmbiente y las CAR (Sarmiento, 2014), amparadas por el marco de disposiciones establecidas en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) y las normas que lo reglamentan (Decreto 1608 de 1978).

En el caso de la flora, previa autorización de las autoridades ambientales competentes y siempre y cuando se lleve a cabo un plan de reforestación de un área y con especies equivalentes, se puede hacer algún tipo de excepción a las restricciones y prohibiciones existentes sobre la explotación del tipo de especies reguladas (Sarmiento, 2014).

Si la afectación tiene lugar sobre especies de fauna vedadas, corresponde a la ANLA, adelantar el estudio de la solicitud de la licencia ambiental y en consecuencia con lo estudiado, comunicar a la autoridad competente, sea esta el propio MinAmbiente, las CAR o el municipio de dicha jurisdicción, el cálculo y tipo de afectación de las especies vedadas en cuestión. En dichos casos corresponde a la autoridad ambiental competente tomar la decisión sobre el levantamiento parcial de la veda sobre dichas especies y establecer el tipo de medidas de compensación que para tales efectos considere pertinente aplicar (Sarmiento, 2014).

1.2. Estado actual de la compensación ambiental en el país

La compensación ambiental en Colombia, se aplica a partir de un enfoque de política pública sobre la normatividad anteriormente vista, que implica una relación armónica entre el desarrollo normativo del Estado y el desarrollo de la actividad productiva en procura del aprovechamiento ambiental, para garantizar el desarrollo, sostenibilidad, conservación, de los ecosistemas, a su vez que controlar su deterioro a través de sus recursos administrativos y jurídicos disponibles (Güiza, 2008).

En este orden de ideas, la política pública en su objeto central, tiene como propósito compensar la afectación por el uso usufructo de los recursos del ecosistema, acudiendo entre otras medidas, a la compensación ambiental que se puede hacer a través de instrumentos económicos, financieros y tributarios, a parte de lo ya dicho sobre la compensación vía intervención, restauración, mejora o preservación de un ecosistema equivalente (Manga, 2008).

El esquema general de compensación ambiental, se viene a dar hasta 1993 cuando se establece formalmente en la normatividad colombiana. Este se inserta en el Capítulo VIII de la Ley No. 99 de 1993, en el que se establecen cuatro instrumentos principales para la administración y regulación de la compensación como son las compensaciones por obligación de licencia ambiental, compensación por sustracción de áreas de reserva, compensación por aprovechamiento forestal y compensación por aprovechamiento de especies amenazadas.

De estos instrumentos el que más desarrollo ha tenido en el país ha sido el de compensaciones por obligación de licencia ambiental, que ha sido objeto de continuas reglamentaciones a través de diferentes Decretos como han sido el Decreto No. 1753 de 1994, el Decreto No. 1728 de 2002, el Decreto No. 1180 de 2003, el Decreto No. 1220 de 2005, el Decreto No. 2820 de 2010 y finalmente en Decreto No. 2041 de 2014, en el que finalmente quedan establecidas las medidas de compensación como aquellas “acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados” (Decreto No. 2041, 2014).

El grado de desarrollo de este instrumento inserto en el licenciamiento ambiental ha dado lugar a la generación de mecanismos administrativos como el Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de biodiversidad, establecido a través de la Resolución No. 1517 de 2012, que no dejan de generar conflicto entre la defensa ambiental, y la necesidad de explotación ambiental de los recursos en Colombia (Pérez, 2014).

Los demás instrumentos que componen el marco de la compensación ambiental han sido desarrollados a partir de normatividad propia y conexas, como es el caso del Decreto No. 1791 de 1996 por medio del cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal y las medidas de compensación que le corresponden. Estas medidas son reguladas por la Resolución 1526 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, especialmente por su artículo 10, ya sea para casos de sustracción temporal o sustracción definitiva.

La Resolución 918 de 2011, establece los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales y las medidas de compensación, restauración y recuperación respectivas. En el caso particular de las áreas de reserva forestal, se ha incluido en el Plan de Desarrollo del primer gobierno del Presidente Juan Manuel Santos por medio del artículo 204 de la Ley No. 1450 de 2011 y en el artículo 11 del Decreto No. 2820 de 2010.

Lo que corresponde a las compensaciones por aprovechamiento de especies amenazadas, éste se rige a partir del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley No. 2811, 1974), el Decreto reglamentario No. 1608 de 1978 y la Ley No. 99 de 1993 y una amplia producción de Resoluciones expedidas por autoridades ambientales encargadas de estudiar las solicitudes de intervención en estas áreas o especies, sobre el tipo de compensaciones a lugar.

Finalmente, toda autorización para realizar intervenciones en el medio biótico está mediada por requerimientos de presentación de estudios de impacto ambiental [EIA], cuya metodología ha sido adoptada a través de la Resolución No. 1503 de 2010 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; diagnóstico ambiental de alternativas [DAA], cuyos términos de referencia se establecen por medio de la Resolución No. 1255 de 2006 del MADS; o plan de manejo ambiental [PMA].

2. Panorama actual del licenciamiento ambiental

Sobre el licenciamiento ambiental, en lo más reciente se puede identificar el aumento en el interés académico y de centros de pensamiento especializados en el tema, a su vez que organizaciones ambientales, por el estudio de este tema, tanto para el caso colombiano, como para el caso regional y mundial, siendo esto consecuencia, del que ha sido cada vez un mayor ímpetu activista por parte de quienes se encargan de la defensa ambiental, como lo es también por parte de los organismos ambientales, y algunos Estados que han dado la relevancia al tema.

En el ámbito regional, Cafferatta (2004), ha estudiado de manera rigurosa el tema ambiental en los países de la región, generando amplios documentos que profundizan en los principios que sigue el derecho ambiental en el país, con particular detenimiento del principio de precaución formulado por la Corte Constitucional colombiana, que en su formulación central, reflexiona sobre el limitado interés institucional de respeto por este principio, aun cuando se encuentre en diferentes países, caracterizado constitucionalmente.

Ya en el ámbito nacional, Londoño, Rodríguez y Herrera (2006), abordan el estudio del derecho ambiental en Colombia, no solo dando tratamiento a sus principios, sino también, revisando a detalle el contenido de la responsabilidad penal y lo concerniente a la contratación pública, y su relación general con el tema, entre otros tópicos que sirven para el análisis del tema propuesto.

En su contenido, Macías (2006) aborda de manera detallada el tema de las licencias ambientales en Colombia, y contando cómo su autorización se sujeta a lo consignado en la norma marco en la materia, que es la Ley 99 de 1993, y disposiciones complementarias expedidas en los años que siguen, que en lo central, convoca a determinar que la licencia es la materialización de permiso ambiental, a través del acto administrativo que implica entre otras cosas, que se cuente con EIA como ya se había mencionado.

Es precisamente en este carácter administrativo, que descansa este derecho en el régimen administrativo sancionatorio ambiental, sobre el que se adelantan acciones no solo encaminadas a la asignación de permisos para la explotación sostenible, sino también acciones de política enfocadas a la preservación y prevención, que complementan la capacidad sancionadora de las autoridades dispuestas para dicho fin, como se establece en los distintos referentes normativos (Páez y Rodríguez, 2013)

Sobre el desarrollo legal, la lectura normativa más reciente se debe dar sobre el Decreto 2041 de 2014, sin embargo, antes de la expedición del mismo, se puede encontrar en el trabajo de Mariana Sarmiento (2014), un juicioso resumen analítico de las disposiciones normativas en la materia, que va a alimentar gran parte del desarrollo documental del actual trabajo, llegando a plantear por el mismo como estrategias de mitigación, un banco de hábitat, realizado como fruto de las acciones en materia de compensación.

En una visión más ampliada de la aplicabilidad de estas disposiciones normativas, Sarmiento, Buitrago y Cardona (2015), elaboran un informe regional sobre la Amazonía en el que en la parte que corresponde a Colombia, hace la actualización legislativa correspondiente a la expedición del Decreto 2041 de 2014, que es uno de los referentes normativos recientes en lo que corresponde a legislación ambiental.

4. Análisis constitucional

Inicialmente, sobre el debate constitucional ambiental, se puede señalar que la Corte Constitucional ha asumido una posición de defensa ambiental que se ampara básicamente en el principio de precaución, y que ha dado lugar a que la Corte considere que el impacto que genera la actividad de explotación de recursos en el país, no se puede hacer de manera indiscriminada, que lleva al

reconocimiento de una posición en la que se establece el principio de precaución (Sentencia C-339 de 2002).

Lo que en este sentido es defendido por el Tribunal Constitucional, es el derecho al medio ambiente en el marco de la protección de los derechos de tercera generación, que se consideran conexos a la existencia biológica de la persona, desde la noción de desarrollo integral en el medio social del ser humano (García, 2003), como a su vez se evidencia en la Sentencia C-595 de 2010:

La conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico, de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una existencia y vida plena. Desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones.

En el mundo contemporáneo, la preocupación ambientalista viene a tomar influencia decisiva solamente cuando resulta incuestionable que el desarrollo incontrolado y la explotación sin límites de los recursos naturales logran suponer su esquilmación definitiva (...).

Como ya se ha dicho, la cuestión ambiental es un tema que cada día tiene una mayor interés en su estudio, por parte de organizaciones y academia que ven con preocupación el detrimento ambiental que tiene lugar en países como Colombia, y esto, a razón de las medidas de cuidado y preservación que a veces faltan por parte de las autoridades ambientales, a las cuales se les solicita que pongan coto a la explotación de recursos, en función de la necesidad de cuidado y preservación que se debe tener por parte de sociedad civil, sector empresarial y Estado, para con los ecosistemas, en una cuestión que es así también vista por el Tribunal Constitucional colombiano, en sentencia ya citada;

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la forma organizativa de Estado social de derecho acogida en Colombia. Ha

dicho la Corte que constitucionalmente: “involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre, entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que, entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo. En efecto, la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. (Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010)

Y no puede ser mayor el argumento al que acude la Corte, sobre la necesidad de conservar adecuadamente los ecosistemas, buscando con ello la mejora en la calidad de vida de las personas, tanto de las generaciones presentes, como de las generaciones venideras; por ello, no duda de calificar el ambiente sano como un servicio de carácter público, que se debe sentar sobre la base de la preservación, conservación y desarrollo sostenible de los ecosistemas;

Dados los factores perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente que le ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad, la Corte ha sostenido el carácter de derecho fundamental por conexidad, al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas. Su reconocimiento general en el ordenamiento constitucional es como derecho colectivo, cuya vía judicial de protección son las acciones populares (art. 88 superior). El ambiente sano también tiene el carácter de servicio público erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el

mejoramiento de la calidad de vida de la población del país (artículos 2, 49, 365 y 366 superiores). (Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010)

Existe en tanto una responsabilidad del Estado por brindar un ambiente sano en el marco de la promoción y protección de los derechos fundamentales, que obliga a la institucionalidad que diseña y ejecuta políticas, planes y programas en materia ambiental, a respetar el derecho ambiental colectivo, por lo que se define que en esta materia, las autoridades ambientales deben guiar y orientar sus decisiones administrativas, basados en el respeto y la promoción de un medio ambiente sano, como a su vez se expone en Muñoz (2011).

En este sentido la obtención de licencias debe estar supeditada fundamentalmente, a que exista por parte de las autoridades ambientales, un conocimiento certero del impacto ambiental y social de dicha actividad, midiendo los costos ambientales y sociales, desde los que se generen programas de mitigación que colaboren en la reducción de los costos al ecosistema derivados de la actividad minera, sopesando esto, incluso de los principios que rigen la actuación administrativa:

Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. (Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2009)

Por lo anterior, resulta evidente que la función de manejo ambiental de las autoridades encargadas de la materia en el país, debe estar fundada a su vez en la actuación conforme a los principios que rigen la administración pública, sin embargo, este no debe ser el argumento último de acción administrativa de dichas

autoridades, puesto que ante todo se encuentra el precepto fundante del ambiente sano como derecho fundamental que se reconoce en el contexto del Estado social de derecho colombiano, como lo afirma la Corte Constitucional:

El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. Por consiguiente, el ideal es que se realicen dichos deberes sociales, conciliando la efectividad de éstos con la conveniente, prudente y necesaria observancia de dichos principios. (Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2009)

Así y como se señala en la sentencia C-339, las autoridades administrativas ambientales, en el ejercicio de la protección del medio ambiente como derecho colectivo, deben restringir o prohibir las actividades que consideren de alto impacto, cuando se identifiquen que las mismas generen un alto impacto ambiental, razón por la cual, es fundamental que las instituciones encargadas de regular la actividad, diseñen mecanismos institucionales de efectiva lectura sobre las consecuencias derivadas de la explotación minera en una zona específica del territorio colombiano.

4.1. El principio de precaución

El Decreto 1374 de 2013, bajo el amparo de normas constitucionales y disposiciones en materia internacional redactadas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, norma ratificada en Colombia por medio de la Ley 99 de 1993, acoge los principios generales que debe seguir la política ambiental colombiana, fundamentalmente el principio de precaución, conforme el cual, en caso de la existencia de peligro o daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no podrá ser usada como razón para postergar la

adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ecosistema. Al respecto la Sentencia C-339 de 2002, plantea que;

(...) En la aplicación del inciso 3 se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la expresión “in dubio pro ambiente”. El mismo principio debe aplicarse respecto del inciso cuarto del artículo 34 y que este debe ser observado también al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción, en consonancia con el principio número 25 de la Declaración de Río de Janeiro que postula: “La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables”.

Cita el Alto Tribunal la misma Declaración de Río de Janeiro, para afirmar que conforme a su principio 15, la falta de certeza científica sobre los daños causados al ambiente debe llevar a las autoridades ambientales a aplicar el principio de precaución, puesto que el daño puede ser irreversible, y se genera una condición de imposibilidad de reparación:

(...), esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias. (Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002)

Este es una competencia nacional que nuevamente aboca al principio precaución, el cual para el Tribunal Constitucional debe estar presente en la interpretación y aplicación de la Ley 685 de 2001. De otra parte, nuevamente se puntualiza sobre el hecho que para la autoridad ambiental, la existencia de evidencia científica que demuestre el daño irreparable al ecosistema, deba ser condición para el otorgamiento o no, de la licencia; existiendo la duda, se debe optar por el no otorgamiento del permiso para la realización de la actividad que tenga impacto sobre el ambiente.

Igualmente, por medio de la Sentencia C-443 de 2009, el Alto Tribunal constitucional exhortó a las autoridades ambientales del país, avanzar en el cumplimiento de su responsabilidad constitucional por proteger y preservar el medio ambiente, lo que demanda entre otras cosas, que las autoridades ambientales respondan por la actividad que afecta al ambiente en el país, de la que no se presentan avances considerables previendo la cantidad de ecosistemas que entran dentro de este grupo de protección y preservación ambiental:

En razón a que las autoridades ambientales no han ejercido las competencias otorgadas por distintas disposiciones legales para la protección del medio ambiente, entre ellas la declaración y delimitación de las zonas excluidas de la minería, prevista por el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, como tampoco se ha avanzado en la definición de un marco normativo y en el diseño e implementación de políticas públicas para la protección de ecosistemas de especial importancia medio ambiental como son los páramos, la Corte considera necesario exhortar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al igual que a las Corporaciones Autónomas Regionales y a las autoridades ambientales competentes, para que cumplan con los distintos deberes ambientales a su cargo y, por una parte, avancen en la declaración y delimitación de las zonas excluidas de la minería y por otra parte adopten medidas eficaces para la protección del medio ambiente en general y de las áreas de especial importancia ecológica tales como los páramos.

La revisión del acervo jurídico que compone la legislación ambiental del país, debe en tanto responder a los criterios determinados por la Corte Constitucional, en cumplimiento del principio de preocupación, advirtiendo nuevamente, que el cumplimiento de la función administrativa en función de los principios constitucionales que la rigen, no están por encima de este principio ambiental, como lo ha señalado la el tribunal constitucional.

Conclusiones

La compensación ambiental en Colombia goza de amparo constitucional y se inserta en los parámetros establecidos en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente normativa que establece en primera instancia, la obligación del Estado y la sociedad en general de proteger las riquezas naturales, el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, la obligatoriedad estatal de proteger la biodiversidad, la conservación ecológica y el fomento de la educación ambiental en el país.

A pesar de nuestra riqueza en recursos naturales renovables, especialmente en agua y biodiversidad, los últimos gobiernos del país han impulsado un modelo extractivista de los recursos naturales no renovables que se ha concretado en gran medida en el incremento de las actividades de extracción en buena parte del territorio nacional.

Las licencias, se otorgan sin un proceso de selección objetiva, bajo el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”, que no necesariamente permite la escogencia del mejor postor. Salvo contadas excepciones, las solicitudes de licencias no se niegan y se otorgan a quien primero haya presentado la solicitud. “Primero en el tiempo, primero en el derecho” sin importar que para desarrollar este tipo de actividades se requiere experticia, tecnología, recursos financieros, cumplimiento ambiental y responsabilidad social.

Por ello, el otorgamiento indiscriminado de licencias ambientales, está vulnerando derechos fundamentales y colectivos, desconociendo procesos locales (ambientales, territoriales, sociales y económicos), debido a que pesar del mandato constitucional y legal, no existe en el país una planificación y ordenamiento ambiental del territorio a través del cual se determinen claramente las reglas de juego por parte de las autoridades ambientales, concretamente frente al régimen de usos de las áreas estratégicas del país, especialmente cuencas

hidrográficas, bosques, páramos, humedales, manglares, sabanas naturales, pastos marinos, arrecifes coralinos, entre otras.

Referencias

Andrade, G. I., Rodríguez, M., & Wills, E. (2012). Dilemas Ambientales de la Gran Minería en Colombia. *Revista Javeriana, Junio, N°785*, 17-23.

Cafferatta, N. A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Instituto Nacional de Ecología.

Castaño, J., & Galeano, P. (2011). Los Contratos de Estabilidad: ¿Una verdadera herramienta para la protección Jurídica en Colombia: de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano? *Ejil-EAFIT Journal of International Law*, 2(1), 68-106.

Díaz, C. (2014). *Enfoques teóricos y metodológicos de las compensaciones ambientales en el contexto de la Evaluación de Impacto Ambiental en Colombia*. (Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de: Magister en Medio Ambiente y Desarrollo). Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.

García, L. (2003). Teoría del desarrollo sostenible y legislación ambiental colombiana: una reflexión cultural. *Revista de Derecho*, 20. 198-215.

Güiza Suárez, L. (2008). Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), 307-335.

Kandel, S., & Dimas, L. (2004). *Compensación por servicios ambientales y comunidades rurales: lecciones de las Américas y temas críticos para fortalecer estrategias comunitarias*. Instituto Nacional de Ecología.

- Londoño, B., Rodríguez, G. A., & Herrera, G. (2006). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Macías, L. (2006). Licencias y permisos ambientales. En: Londoño, B., Rodríguez, G. A., & Herrera, G. (2006). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Manga, J. G. (2008). El pago por servicios ambientales en Colombia: perspectivas desde el control fiscal. En: Ortega, S. C. (editor). *Reconocimiento de los Servicios Ambientales: Una Oportunidad para la Gestión de los Recursos Naturales en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Unidad Administrativa del Sistema de Parques Nacionales Naturales, WWF, Conservación Internacional y The Nature Conservancy.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MinAmbiente]. (2012). *Manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad*. Bogotá D.C.: MinAmbiente.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MinAmbiente]. (2014). *V Informe Nacional de Biodiversidad de Colombia: ante el convenio de diversidad biológica*. Bogotá D.C.: MinAmbiente.
- Muñoz, G. A. (2011). Análisis de la política ambiental colombiana en la década 2000-2010. *Semestre Económico*, 14(30), 122-134.
- Páez, I., & Rodríguez, G. (2013). Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo. *Opinión Jurídica*, 12(23), 17-30.
- Pérez, M. A. (2014). Conflictos ambientales en Colombia: Inventario, caracterización y análisis. *Minería en Colombia: Control Público, Memoria y Justicia Socio-Ecológica, Movimientos Sociales y Posconflicto*, 253-319.

- Rojas, D. (2013). *Licencias ambientales en Colombia: límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales*. (Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de: Magister en Biociencias y Derecho). Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sarmiento, M. (2014). *Hacia un sistema de bancos de hábitat como herramienta de compensación ambiental en Colombia*. Bogotá D.C.: Fundación para la defensa del interés público [Fundepúblico].
- Sarmiento, M., Buitrago, L., & Cardona, W. (2015). *Orientaciones para el diseño e implementación efectiva de planes de compensación ambiental en la Amazonía Andina de Colombia, Ecuador y Perú*. Santiago de Cali: Wildlife Conservation Society [WCS] Colombia.
- Soto, A., & Sarmiento, M. (2014). Hidrocarburos y compensaciones por pérdida de biodiversidad: oportunidad para el desarrollo sostenible. *Revista de Ingeniería*, (40), 63-68.
- Vélez, J., Awad, G., Villegas, C., Botero, V. Arango, S. Torres, M., & Acevedo, Y. (2005). *Gestión socio-ambiental de proyectos de infraestructura: guía para funcionarios públicos*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

Normatividad

- Constitución Política de 1991 [Const] (1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.
- Decreto Ley No. 2811. (1974). *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogotá D.C.: Presidencia de la República de Colombia.
- Decreto No. 1608. (1978). *Por el cual se reglamenta el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley*

23 de 1973 en materia de fauna silvestre. Bogotá D.C.: Presidencia de la República.

Decreto No. 1791. (1996). *Por medio del cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal.* Bogotá D.C.: Presidencia de la República.

Decreto No. 2041. (2014). *Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.* Bogotá D.C.: Presidencia de la República de Colombia.

Ley No. 1450. (2011). *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.* Bogotá D.C.: El Congreso de Colombia.

Ley No. 99. (1993). *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C.: El Congreso de Colombia.

Resolución No. 1503. (2010). *Por la cual se adopta la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales y se toman otras determinaciones.* Bogotá D.C.: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Resolución No. 1517. (2012). *Por la cual se adopta el Manual para la Asignación de Compensaciones por Pérdida de Biodiversidad.* Bogotá D.C.: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Resolución No. 1526. (2012). *Por la cual se establecen requisitos y procedimiento para la sustracción de áreas en reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social, se establecen actividades sometidas a su.* Bogotá D.C.: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Resolución No. 918. (2011). *Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales*

nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social y se adoptan otras determinaci. Bogotá D.C.:
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.