

PERSPECTIVA JURÍDICA DE LAS DIFERENCIAS ENTRE DAÑO AMBIENTAL E IMPACTO AMBIENTAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Differences between environmental damage and environmental impact - legal perspective in the colombian context

Camila Martínez Castañeda

Estudiante de Ing. Ambiental y de Especialización en Gerencia Ambiental en la Universidad Libre, Bogotá, Colombia, camila-martinezc@unilibre.edu.co

Adriana Ospitia Ferrer

M.Sc. Ing. Química, Especialista en Derecho del Medio Ambiente, Estudiante de Especialización en Gerencia Ambiental de la Universidad Libre, Bogotá, Colombia, adriana-ospitiaf@unilibre.edu.co

RESUMEN

La legislación colombiana concibió los delitos ambientales como tipos penales autónomos desde la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano), donde se definió como bien jurídico el medio ambiente y los recursos naturales en su Título XI. Sin embargo, el cambio de las dinámicas sociales, políticas y económicas llevó a la expedición de la Ley 2111 de 2021, la cual sustituyó en su totalidad dicho título, en la búsqueda de fortalecer la protección ambiental. Dentro de los delitos sustituidos se encuentra el de Daño en los recursos naturales y ecocidio (Artículo 333), en el cual se equipara daño a impacto ambiental grave. Este artículo analiza las definiciones presentes en la legislación colombiana de daño e impacto ambiental, junto con las metodologías propuestas para determinarlos, y deja en evidencia la necesidad de estandarizar procedimientos en el marco investigativo de este tipo penal, que permita aplicar metodologías ex – post en la cuantificación de impactos ambientales y su categorización como graves, para así determinar la existencia o no de un daño ambiental.

Palabras clave: Daño ambiental, impacto ambiental, estudio de impacto ambiental ex – ante, estudio de impacto ambiental ex – post.

ABSTRACT

Colombian legislation has considered environmental crimes as distinct types of offenses since the enactment of Law 599 of 2000 (Colombian Criminal Code). In this law, the environment and natural resources were defined as a protective legal interest in Title XI. However, shifts in social, political, and economic dynamics prompted the enactment of Law 2111 in 2021, which completely replaced the aforementioned Title with the aim of enhancing environmental protection. Among

the replaced offenses is “Damage to natural resources and ecocide” (Article 333), where damage is equated with severe environmental impact. This article examines the definitions of environmental damage and environmental impact as outlined in Colombian legislation, as well as the proposed methodologies for assessing them. It underscores the necessity of standardizing procedures in the criminal investigation of such crimes, enabling the application of ex-post methodologies in quantifying environmental impacts and categorizing them as severe to determine the presence or absence of environmental damage.

Keywords: Environmental damage, Environmental Impact, Ex-ante Environmental Impact Study, Ex-post Environmental Impact Study

En Colombia, desde la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) se establecieron doce (12) tipos penales autónomos que definieron de manera independiente al medio ambiente como un bien jurídico que se debe proteger, y lo registró en el Título XI del Código Penal, como “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, lo cual constituye una evolución con respecto a la normatividad penal previa (Ley 100 de 1980) que no consideraba los delitos contra el medio ambiente como independientes, sino que contenía un factor marcadamente economicista [1]. Dentro de este bien jurídico, se incluyó el delito de Daño en los recursos naturales, definido en su momento como; “El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, o a los que estén asociados con estos” (artículo 331, Ley 599 de 2000).

Debido a las nuevas dinámicas sociales, políticas y económicas que afronta el mundo en relación con el impacto del cuidado y preservación del medio ambiente, y de acuerdo con las consideraciones del legislador colombiano, se determinó permitir-

te robustecer la lucha en contra de la alteración y destrucción del medio ambiente, corrigiendo los tipos penales ambientales que consideró ineficaces [2], a través de la Ley 2111 del 2021, por medio de la cual se sustituyó el título XI del Código Penal. Dentro de los tipos penales actualizados, se encuentra el de “Daños en los recursos naturales y ecocidio”, contemplado ahora en el artículo 333, del Capítulo II, del Título XI del Código Penal, y definido de la siguiente manera:

“El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o cause un impacto ambiental grave o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título o a los que estén asociados con estos (...).

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de este artículo se entiende por ecocidio, el daño masivo y destrucción generalizada grave y sistémica de los ecosistemas.

PARÁGRAFO 2. Por impacto ambiental grave se entenderá la alteración de las condiciones ambientales que

se genere como consecuencia de la afectación de los componentes ambientales, eliminando la integridad del sistema y poniendo en riesgo su sostenibilidad [3].”

Es conveniente resaltar que, dentro del marco normativo colombiano, la única mención a una definición de daño ambiental se encuentra contemplada en el artículo 42 de la ley 99 de 1993 que indica que “(...) se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes [4](...)”. sin embargo, de acuerdo con algunos autores como DEL VALLE [5], toda vez que dicha definición está plasmada en el título VII asociado a las rentas de las autoridades ambientales y no en el título XII del régimen de responsabilidad ambiental, sin tener en cuenta la pérdida de servicios ecosistémicos, no podría interpretarse técnica sino económicamente, y al no incorporar en la definición los elementos de la responsabilidad civil extracontractual considerados para configurar el daño, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1333 de 2009, no podría entonces considerarse como una definición en el marco de la responsabilidad sancionatoria.

Sin embargo, en la definición del tipo penal de daño en los recursos naturales, se asimila el daño a un impacto ambiental grave, e incluso en la exposición de motivos del proyecto de ley (Proyecto de Ley Número 283 de 2019 Cámara) se considera que “es menester que la determinación de la pena esté supeditada y se establezca de acuerdo con el Impacto Ambiental (IA) que efectivamente produzca el delito...” [2]; se propone, incluso, que ese daño se determine a través de las metodologías para la evaluación de impactos ambientales, como la Metodología de Leopold, que permita cla-

sificar los impactos en benéfico, despreciable, significativo y altamente significativo.

Se equivoca el legislador, no solo al usar de manera indiscriminada los términos de impacto y daño ambiental, como bien lo manifestó el Dr. Luis Fernando Macías Gómez en sus comentarios al proyecto de ley anteriormente mencionado [6], sino al mencionar que el uso de las metodologías de impacto ambiental y su clasificación de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 2086 de 2019 “por la cual se adopta la metodología para la tasación de multas consagradas en el numeral 1° del artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009 y se toman otras determinaciones” es equivalente a un “impacto grave”. ¿Es acaso “grave” equivalente a “significativo” o solamente podría considerarse “grave” un impacto “altamente significativo”? ¿Podrían emplearse entonces las mismas metodologías de valoración de impacto ambiental ex ante cuando ya hay un daño causado?

Tal como lo afirma MACÍAS GÓMEZ [6], la tendencia en el imaginario es asimilar impacto a daño, aun cuando, jurídicamente, el daño es el generador de la responsabilidad, en el caso aquí analizado, de origen penal.

Vale la pena entonces considerar la definición de impacto ambiental del Decreto 2041 de 2014 compilado en el Decreto 1076, según el cual, impacto ambiental es: “cualquier alteración en el medio ambiental biótico, abiótico y socioeconómico, que sea adverso o beneficioso, total o parcial, que pueda ser atribuido al desarrollo de un proyecto, obra o actividad [7]”, definición que no asimila impacto a daño. Es necesario hacer esta distinción, toda vez que, de acuerdo con el cómo se definió el tipo penal de daño a los recursos naturales, se abre un espacio a la discrecionalidad del

perito para calificar cualquier efecto sobre el medio ambiente como daño, lo que provoca que incluso actividades legales (con los permisos u autorizaciones ambientales de acuerdo con su actividad y habiendo considerado sus impactos ambientales) se vean incursas en procesos penales [6].

Es así como, de acuerdo con lo manifestado por MACÍAS GÓMEZ [6], no puede asimilarse el daño a impacto ambiental y en consecuencia al estudio de impacto ambiental, ni las metodologías existentes para su elaboración (que sólo consideran la evaluación ex ante) para evaluar los impactos que pueda llegar a tener (con posibilidad de ocurrencia, no como impactos materializados) un proyecto, obra u actividad, diseñar las medidas de manejo y control ambiental y servir como instrumento técnico para evaluar por parte de las autoridades ambientales la decisión respecto al desarrollo del proyecto, obra o actividad.

De igual forma, tal como lo afirma DEL VALLE [5], no todo impacto ambiental implica un daño ambiental, pero todo daño ambiental necesariamente conlleva un impacto ambiental por fuera del estándar aplicable y con afectación ecosistémica. Por esta razón, considera el autor que para definir un daño ambiental, contrario a aplicar un estudio de impacto ambiental ex ante, deben involucrarse los siguientes elementos: (1) identificación del estándar aplicable (norma o límite establecido); (2) configuración y prueba de la desviación del estándar y, por lo tanto, de la materialización por acción o por omisión de la conducta antijurídica; (3) afectación del recurso natural (cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar o la salud de las personas, atentar contra la flora o la fauna o degradar la calidad del medio ambiente); e, (4) incidencia de la intervención en el recurso natural frente al

ecosistema sobre la base de lo que se haya probado en cada caso en concreto (especificidad caso a caso) [5]; es decir, para determinar el daño ambiental, debe realizarse una evaluación ex post de los impactos causados pero, además, de acuerdo con la definición del tipo penal, estos impactos deberán ser evaluados para clasificarlos de acuerdo con su gravedad, y específicamente ser señalados como impactos graves, es decir, la metodología aplicada debe ser clara en definir qué impactos son considerados graves para ser catalogado dentro del tipo penal.

Al requerirse la cuantificación específica del impacto ambiental para determinar la existencia o no de un daño a los recursos naturales, y con el fin de determinar la desviación del estándar y la afectación del recurso natural, se hace necesario establecer lo que algunos autores han denominado “carga crítica”, a partir de la cual se define, técnica o legalmente un estado aceptable (porcentaje de exceso de la carga crítica), que al excederlo configure impactos que serán clasificados de acuerdo con su gravedad en términos de la resiliencia del ecosistema al impacto en particular, la reversibilidad del daño potencial del ecosistema y de las amenazas a los componentes valiosos del ecosistema [8], lo cual se encontraría alineado con los otros verbos rectores definidos en el tipo penal estudiado: destruir, inutilizar, hacer desaparecer; es decir, al exceder la resiliencia del ecosistema, se podría causar un impacto grave, producto de la destrucción, inutilización o desaparición de este. Lo anterior implica, en el caso colombiano, una carga probatoria para la Fiscalía General de la Nación, y capacitación de sus peritos ambientales, toda vez que deberá implementar un análisis de impactos ex post, teniendo claridad del estándar que fue violado, la desviación que se presentó (evaluada de forma cuantitativa, no cualitativa), las

correlaciones de estos impactos y sus efectos (sinérgicos y acumulativos) que pueden conducir a impactos acumulativos, valorándolos de tal manera que permita identificar, de una manera no subjetiva, la forma en que el ecosistema ha sido modificado, si dichas modificaciones son graves y si se ajustan a la tipicidad investigada.

Es así como entra en el panorama de evaluación el término de impactos acumulativos, toda vez que, si bien las acciones antropogénicas de forma individual pueden tener consecuencias ambientales relativamente neutras, sus interrelaciones pueden generar impactos acumulativos que pueden resultar importantes en el tiempo y en el espacio, lo que puede conllevar a que se presente un daño ambiental [9], que supere esa carga crítica tolerable, y que configura el tipo penal.

Este tipo de estudios marcan un gran reto para los peritos ambientales que adelantan investigaciones de este tipo penal, toda vez que no existen datos de líneas base que les permitan identificar la variación que pudo haber causado una obra o actividad en el medio ambiente, adicional a que, los daños ambientales no pueden considerarse solo como puros sino como acumulativos, lo que dificulta la individualización de responsabilidad en casos de daño a los recursos naturales, es decir, si una persona vertió sustancias tóxicas a un río pero en cantidades mínimas, otra persona también lo hizo y así un cúmulo de ellas hasta que la última persona en arrojar causó una afectación al ecosistema que no permitió su recuperación, ¿quién debería tener la responsabilidad del daño a los recursos naturales?. El no poder conducir a una individualización de la responsabilidad penal, no permitiría entonces seguir adelantando la investigación, lo que conduciría a archivos y a la inaplicabilidad de este tipo penal.

Por lo anterior, y debido a que tal como lo expresó MACÍAS GÓMEZ [6], con la Ley 2111 de 2021, en el delito de Daño a los recursos naturales, el legislador trasladó a la Fiscalía General de la Nación la definición de daño ambiental, y con el fin de evitar la preocupación por él manifestada de que se abriese un espacio de discrecionalidad para calificar todo efecto sobre el medio ambiente como daño, es que se hace necesario que la entidad estandarice los peritajes ambientales que permitan: 1) definir criterios que diferencien los conceptos de “impacto” y de “daño ambiental”; 2) aplicar cada uno de los puntos propuestos por DEL VALLE para lograr determinar la existencia de un daño a los recursos naturales, no como un juicio de valor subjetivo, sino con un estudio aplicado de impactos ambientales puros y acumulativos ex post con valoraciones cuantitativas de dichos impactos, evaluando las desviaciones presentadas con respecto al estándar existente; y 3) realizar las evaluaciones ex post con equipos interdisciplinarios, toda vez que este tipo de evaluaciones no pueden recaer sobre el juicio de un único profesional, al requerir del conocimiento de diferentes áreas del saber.

La definición entonces de una metodología estandarizada de evaluación de impactos ambientales ex post para determinar la existencia o no de un daño ambiental, reduce el valor subjetivo de este tipo de peritajes, corrige la evaluación al usar metodologías propias ex post y no ex ante, y garantiza que la valoración final corresponda al consenso de un grupo de expertos (equipo interdisciplinario), lo que significa que es una evaluación objetiva y técnica, lo que repercute directamente en los derechos del procesado, pues elimina todo tipo de discrecionalidad en la investigación penal de este delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] L. L. M. R. V. A. R. CABRERA IZQUIERDO, *Delitos Ambientales en Colombia. Análisis desde la perspectiva de las políticas nacionales de protección de los recursos naturales, Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Tomo XX, Universidad Externado de Colombia, 2020.*
- [2] J. C. LOZADA VARGAS, «Por medio del cual se sustituye el Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la ley 599 del 2000»,» INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 283 DE 2019 CÁMARA, 2020. [En línea]. Available: <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2020>.
- [3] CONGRESO DE COLOMBIA, «Ley 2111 de 2021 “Por medio del cual se sustituye el Título XI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones”,» 2021. [En línea]. Available: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167988>.
- [4] CONGRESO DE COLOMBIA, «Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiente»,» 1993. [En línea]. Available: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=297>.
- [5] E. DEL VALLE MORA, El daño ambiental puro y el daño consecutivo. En: García Pachón, M. (Ed.) *Derecho penal ambiental y reparación de daños a la naturaleza* (pp. 535- 591)., Universidad Externado de Colombia, 2022.
- [6] L. F. MACÍAS GÓMEZ, «Comentarios Proyecto de Ley No. 283 de 2019 Cámara “Por medio del cual se sustituye el Título XI, “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 del 2000 y se dictan otras disposiciones”, Philippi Prietocarrizosa Ferrero,» 2020. [En línea]. Available: https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2020-09/Comentarios%20Audiencia%20Proyecto%20de%20Ley%20No.%20283%20de%202019%20C%C3%A1mara_0.pdf.
- [7] MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, «Decreto 2041 de 2014 “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”,» 2014. [En línea]. Available: https://archivo.minambiente.gov.co/images/normativa/app/decretos/7b-decreto_2041_oct_2014.pdf.
- [8] B. A. SILVA TORRES, «Tesis Doctoral: Evaluación ambiental: Impacto y daño. Un análisis jurídico desde la perspectiva científica, Universidad de Alicante,» 2012. [En línea]. Available: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24476/1/Tesis_Silva.pdf.
- [9] M. MUÑOZ VALENZUELA, «Tesis de Maestría: Daño e impacto ambiental en proyectos de gran envergadura: análisis y propuesta para su tratamiento en el sistema de evaluación de impacto ambiental, Universidad de Chile,» 2017. [En línea]. Available: <https://repositorio.uchile.cl/>.