

Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2020.

Honorable Representante  
**Juan Carlos Lozada**  
Cámara de Representantes  
Ciudad

**Asunto:** 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*”

Respetado Representante Juan Carlos Lozada;

Ante todo, reciba un cordial saludo, esperando se encuentre bien en compañía de los suyos. Así mismo agradezco su amable invitación a participar en la audiencia pública respecto del proyecto de ley de la referencia.

En el presente escrito procederemos a realizar unos comentarios generales sobre la penalización de algunas conductas de repercusión ambiental para luego detenernos en algunos detalles sobre cada uno de los delitos contenidos en el Proyecto.

### **1. Comentarios Generales**

En primer lugar, la iniciativa responde a una necesidad cada vez más marcada de protección ambiental a través de mecanismos propios del derecho penal, actualizando algunos delitos e incorporando nuevos.

Sin embargo, con todo respeto es conveniente revisar si en un país como Colombia una política criminal orientada a penalizar múltiples conductas es la adecuada.

La criminalización de conductas son parte del denominado control social, lo cual depende a su vez de un momento histórico en el cual una sociedad, conforme a los valores imperantes considera necesario penalizar ciertas conductas.

En el momento actual el medio ambiente como interés jurídico tutelado a nivel global y como una necesidad imperiosa del sistema económico imperante y de la sociedad, requiere de una protección mayor. La sociedad construye un imaginario que lleva a generar una visión de ciertas conductas como un atentado inaceptable al medio ambiente, exigiendo su penalización. Como

respuesta los tomadores de decisión responden afirmativamente proponiendo múltiples conductas a penalizar.

Empero, es necesario tomar distancia a esas acciones de comportamientos de masas para actuar racionalmente y dar una respuesta democrática a las necesidades de protección ambiental.

Ante esta situación es importante preguntarse si es conveniente seguir creando delitos y pensar que es el único mecanismo de protección del medio ambiente como interés jurídico. Su protección cuenta en el país con diversos mecanismos administrativos, un sistema nacional ambiental, que, a pesar de sus falencias, cuenta con mecanismos legales para prevenir el deterioro ambiental y exigir la recuperación del medio ambiente. Basta leer las funciones contempladas en el artículo 31 de la ley 99 de 1993 para observar cómo las Corporaciones cuentan con suficientes facultades para lograr la prevención y la reparación del medio ambiente, incluso el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a pesar del debilitamiento que ha sufrido, aún conserva funciones para exigirlo. Esto sin contar el gran poder que tiene la ANLA para controlar las actividades bajo su competencia en materia de licenciamiento ambiental.

Ahora bien, en algunos casos los delitos ambientales o ciertas actividades contribuyen al lavado de activos: tal es el caso conocido de la minería ilegal, pero también está el tráfico de residuos peligrosos, de fauna. Y ciertas actividades que siendo legales también generan el mismo efecto cuando son aprovechadas en forma fraudulenta: el mercado de carbono, la minería legal, el reúso de ciertos residuos, el manejo de residuos con disposición especial, entre otros. Estos son actividades deberían ser parte de una mayor vigilancia y seguramente buscar la forma de ser penalizadas.

Por otra parte, debería irse más en la búsqueda de buscar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para ir acorde con la tendencia en el mundo en materia ambiental.

No es fomentando el espíritu punitivo del Estado, creando una cantidad de nuevos delitos para cada conducta que se considere atentatoria del medio ambiente que se puede lograr la defensa de este interés jurídico que trasciende lo local, nacional y llega a lo global.

Una serie de delitos que se crean o reforman serán letra escrita o bien serán victimizados sectores débiles de la sociedad que encuentran en ciertas actividades, tal vez reprochables, su sustento. Hay que establecer un límite entre lo reprochable y lo punible. Con el proyecto de ley no se hace frente a las verdaderas conductas que deberían entrar en el campo penal y que tal vez son suficientes los delitos actuales, basta un mayor conocimiento del tema por parte de la fiscalía para perseguir esos delitos, tales como la contaminación, el daño en los recursos naturales renovables entre otros.

Existen algunos aspectos puntuales que es conveniente precisar, tal como la confusión entre impacto y daño ambientales, el uso del estudio de impacto ambiental como mecanismo para

determinar la pena y la proliferación de tipos penales en blanco que carecen de un marco normativo ambiental para configurar el delito.

### *1.1. Diferencia entre Impacto Ambiental y Daño Ambiental*

Una de las mayores dificultades que hay en materia ambiental es el uso indiferente entre impacto y daño ambiental.

El primero siempre se ha utilizado como un referente respecto a las consecuencias que una actividad legal genera en el ambiente, es decir es el impacto que legalmente se produce como consecuencia de la autorización de una actividad. De ahí porque la licencia ambiental o los permisos establecen límites al impacto y medidas para su manejo, pero no evitan el impacto. También tiende a denominarse afectación o efecto ambientales negativo. La tendencia en el imaginario es asimilar esto a daño, olvidando que, jurídicamente, el daño es el generador de la responsabilidad, en el presente caso de la responsabilidad penal.

El concepto de impacto ambiental ha sido definido legalmente desde el Decreto 1728 de 2002, segunda norma que reglamenta el régimen de licenciamiento ambiental, en la siguiente forma:

*“Impacto ambiental: Es la alteración que se produce en el entorno, ocasionada por la ejecución de un proyecto, obra o actividad”.*

Y el último decreto sobre el mismo tema que fue el 2041 de 2014 compilado en el Decreto 1076 de 2015 lo define así:

*“Impacto ambiental: 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”.*

Ninguna de las definiciones asimila impacto a daño, hace equivalencia a alteración justamente para distinguirlo de daño por las implicaciones jurídicas que tendría calificar y asimilar un impacto de un proyecto a daño ambiental.

Por lo tanto, no puede asimilarse daño a impacto. Consideramos que es pertinente citar inextenso uno apartes de un texto sobre el daño ambiental que fue escrito hace algunos años, pero mantiene vigencia:

*“A nuestro juicio, es necesario plantear la necesidad de hablar de daño, como generador de responsabilidad y deber de indemnizar, solo bajo ciertos criterios muy estrictos pues de lo contrario caemos en la arbitrariedad del jurista y del operador jurídico quien podría ir calificando como daño cualquier acción del hombre sobre la naturaleza. Esto significa que la duda se plantea no en la descripción de lo que podría ser daño en sentido semántico o aún jurídico, sino los casos en que dicho concepto*

*genera una consecuencia jurídica de reparación, sanción penal, es decir de perjuicio indemnizable o punible.*

*En esa línea de pensamiento no se definiría el daño por su contenido sino por su causa, es decir que obedecería a una conducta antijurídica; lo cual supondría que hay daño solo en aquellos casos en que dicha alteración se produce como consecuencia de una conducta, por acción u omisión, contraria a la ley. Sin embargo, la producción normativa consensuada o producto de procesos de negociación haría que en ciertos casos desapareciera el daño en virtud que una norma coloca en estado de legalidad una actividad que puede producir un deterioro o menoscabo al medio ambiente. Se tendría por ejemplo el caso de los vertimientos de las empresas de servicios públicos de alcantarillado para quienes el Decreto 3100 de 2003 estableció el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos, reglamentado por la resolución 1433 de 2004 expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, según el cual los límites de vertimientos se cumplen de acuerdo al plan presentado.*

*La antijuridicidad de la conducta que da lugar a la existencia del daño sería entonces más el resultado de una norma cambiante que de la existencia de un verdadero daño capaz de producir la necesidad de indemnización del perjuicio.*

*[...]*

*“Entonces todo el problema gira en torno a la misma problemática, el daño es toda alteración al ecosistema, o a los recursos naturales renovables, a la biodiversidad, en fin, a todo aquello que hace parte del medio ambiente, tomado en su sentido más general.*

*Esto nos trae nuevamente a plantear que el daño ambiental en su conceptualización es más complejo y difícil de lo que se pueda uno imaginar. Y eso requiere de la prudencia y la virtud de los juristas encargados de definirlos, pues finalmente será caso a caso en los cuales se determine la existencia del daño, dado las grandes dificultades de fijar generalidades o formulas absolutas. No debe perderse de vista que el tema del daño ambiental ha generado una serie de rupturas de principios y paradigmas jurídico como, por ejemplo, la carga de la prueba siempre termina siendo a cargo de a quien se le imputa la responsabilidad pues el Estado o la sociedad lo consideran responsable y se debe demostrar que no se ha causado el daño. En esa misma argumentación el daño ha terminado por presumirse, de acuerdo con las circunstancias ambientales del caso. Y, además, las autoridades administrativas han terminado declarando el daño, en una confusión entre la naturaleza de la sanción que es punitiva, con la naturaleza de la reparación del perjuicio que es indemnizatoria, y obviamente con toda la violación al principio del debido proceso y del juez natural.*

*El daño ambiental, en su acepción jurídica, es decir en cuanto produce una consecuencia jurídica denominada responsabilidad y que exista perjuicio que sea*

*reparable no puede ser dejado al arbitrio de un operador jurídico, perito, experto, técnico o cualquier otra persona. Debe ser el resultado de un debate previo conceptual que vaya hasta los orígenes del derecho para determinar y precisar el alcance del concepto, pues el derecho ambiental impone una relectura del derecho en general, debido a que es el producto de una nueva relación del hombre y la naturaleza. Es decir, nos ubica en el génesis del derecho y de la racionalidad.*

*Muchas veces el tema del daño es producto más de una construcción social, ideológica, filosófica y política que de la prueba científica. Si el daño ambiental afecta un derecho colectivo es natural que esa afectación sea el producto de una preocupación social. Esto significaría que “un problema puede tener una existencia física, pero si no es socialmente percibido y asumido como tal, termina siendo socialmente irrelevante”<sup>1</sup>.*

*El daño ambiental sería entonces el resultado de una percepción social en un momento histórico determinado, con lo cual terminaría siendo más el producto de una aceptación o rechazo social de una situación ambiental específica y no el resultado de un proceso entre partes donde existen pruebas y controversias de ellas, lo cual es sometido a un juez que supuestamente debería fallar conforme a las reglas del derecho. Esto significaría que “los riesgos ambientales y el mismo daño ambiental atravesaría por una suerte de destilación social que eliminaría algunos y seleccionaría otros como objeto de preocupación y atención. El centro de la argumentación tiene que ver con la separación entre la magnitud física de la fuente de riesgo ambiental y su reconocimiento social... El tránsito del riesgo físico al riesgo socialmente reconocido o aceptado, es decir del potencial al real, percibido y vivido como tal, está determinado por las normas sociales, los símbolos sociales, la ideología y el poder... Se requiere por lo tanto de una capacidad y de una voluntad social de ver, un cierto marco valorativo y normativo que permita ver problemas donde de otra manera las cosas transitan con neutralidad, ignorancia o indiferencia”<sup>2</sup>.*

*Por otra parte, el daño ambiental es considerado en ocasiones más el resultado de una determinada visión del operador jurídico encargado de determinarlo, o de la posición de debilidad frente a la autoridad o al juez, del supuesto responsable de producir el daño. Es decir, dependería no de la realidad material y física de la existencia de la alteración del medio ambiente, sino del acusado o demandado, según el caso.*

*En ese mismo orden de ideas se podría considerar que el daño ambiental es el deterioro o afectación al medio ambiente que la sociedad no está dispuesta a soportar o a internalizar. Es decir que no acepta como externalidad esa afectación. Esto conduce necesariamente a pensar que el daño obedece más a una construcción social que a una*

---

<sup>1</sup> LEZAMA, José Luis, *la construcción social y política del medio ambiente*, México D.F.: El Colegio de México, 2004, pág. 15.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 15 y 16

*verdadera construcción puramente jurídica o económica. Dicho, en otros términos, se aceptaría un daño al cual no se le reclamarían perjuicios a su causante por cuanto la sociedad reconoce que es la afectación que debe soportar o, el precio que debe pagar, para alcanzar su bienestar.*

*El problema está en realizar afirmaciones con apariencia de verdad absoluta pues “Existen factores ideológicos y normativos que explican la emergencia de un problema como objeto de preocupación a nivel comunitario”, pues “Desde el punto de vista de lo político, el riesgo, el daño, o los mismos problemas ambientales deben su existencia pública tanto al ejercicio mismo del poder como a lo que algunos autores llaman la reputación del poder”<sup>3</sup>. Esto nos lleva nuevamente a plantear la existencia de una noción de daño en sentido semántico o popular y otro en sentido jurídico, por eso el juez al declarar el daño debe tener en cuenta el trasfondo social de cada caso en particular para poder realizar una evaluación de la prueba y de las circunstancias del caso en su verdadera dimensión para poder fallar con base en una convicción razonada y lo más cercana posible a los principios del orden jurídico. Lo contrario es caer en la esquizofrenia ambientalista que nubla la razón y pone en peligro las garantías de un Estado Social de Derecho”<sup>4</sup>.*

El concepto de daño genera un reto jurídico que no puede ser resuelto asimilándolo al impacto ambiental por cuanto al ser generador de responsabilidad se cae en el arbitrio absoluto del operador jurídico, más en derecho penal donde las garantías son mayores, pero también las consecuencias. Bastaría que alguien calificara de daño el impacto producido por una actividad que se desarrollo bajo el marco jurídico existente para que se le abriera un proceso penal.

Se estaría trasladando a la Fiscalía la definición de daño ambiental lo cual rompería el principio del juez natural. Además, abriría un espacio de discrecionalidad para calificar cualquier efecto sobre el medio ambiente como daño, dando lugar a que actividades legales se vean involucradas en procesos penales.

Por lo anterior es que no se puede asimilar el daño a impacto ambiental y en consecuencia el estudio de impacto ambiental, ni las metodologías existentes para su elaboración se pueden asimilar a un estudio para definir el daño por cuanto aquel se encuentra establecido para evaluar los impactos soportables que deben ser manejados adecuadamente.

---

<sup>3</sup> Ibid., pág. 17.

<sup>4</sup> Luis Fernando MACIAS GOMEZ. “El daño ambiental. Hacia una reflexión desde la filosofía y el derecho ambiental” EN AAVV. (2007) *Daño ambiental*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (pp. 126 – 151).

## 1.2. Estudio de Impacto Ambiental.

El estudio de impacto ambiental se regula por primera vez en la ley 99 de 1993, siendo reglamentado por primera vez por el Decreto 1753 de 1994. Sin embargo, en el artículo 28 del Decreto Ley 2811 de 1974 se hacía referencia al estudio ecológico y ambiental, que guardadas algunas características es el origen del estudio de impacto ambiental.

El estudio de impacto ambiental es la base para realizar una evaluación de impacto ambiental, cuya primera regulación es la Declaración de Río de Janeiro de 1992, incorporada en la legislación colombiana mediante el artículo 1 de la ley 99 de 1993, tal y como se define en el Principio 17 de la Declaración:

*“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.*

Es decir que se realiza una evaluación del impacto ambiental de una obra con el fin de determinar el impacto negativo y someterla a una decisión de la autoridad competente para que se determine si es viable o no dicha actividad, por lo tanto, si el impacto es manejable o no.

A su vez el artículo 1 de la ley 99 de 1993 estableció en su numeral 11 lo siguiente respecto del estudio de impacto ambiental:

*“11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial”.*

Es decir que el estudio de impacto ambiental es un instrumento técnico que permite evaluar la viabilidad o no de una actividad que produce una afectación al medio ambiente. Así fue igualmente considerado por el fallo de la Corte Constitucional C – 328 de 1995:

*“Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de prevenir y controlar el deterioro ambiental (C.P. art. 80), es el estudio de impacto ambiental que debe llevar a cabo quien planea realizar una obra o actividad que pueda afectar el ambiente. Las facultades de prevención y control permiten a la autoridad fijar los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental.*

*Las entidades públicas promotoras o constructoras de obras públicas deben ceñirse a los parámetros definidos en el artículo 57 de la Ley 99 de 1993. Sólo así, la administración está en capacidad de evaluar si la persona o entidad, pública o privada, ha tenido en cuenta todas las consecuencias de la intervención en el ambiente y ha elaborado los planes adecuados, necesarios y suficientes para controlar sus efectos”.*

Es decir que el estudio de impacto ambiental no está concebido para determinar el daño ambiental sino determinar los impactos que produce una actividad, diseñar las medidas de manejo y control ambiental y ser un instrumento técnico para evaluar con base en el cual la autoridad toma una decisión respecto del desarrollo de una obra o actividad.

### *1.3.Necesidad de una Política Criminal Ambiental.*

La creación de delitos y la confusión conceptual sobre algunos temas generarán es una proliferación de investigaciones penales que no conducirán a nada, afectando en todo caso, a aquellas personas que no cuentan con el soporte jurídico y económico para defenderse.

Sin una Fiscalía fuerte y conocedora del tema ambiental se generará una congestión en esta entidad trasladando la problemática de las autoridades ambientales a la Fiscalía.

Por otra parte, se presenta una problemática de aplicación de los tipos penales por cuanto no se sabe si son de riesgo, peligro o resultado, lo cual genera incertidumbre y afecta la seguridad jurídica

Pero uno de los aspectos que mayor impacto tienen los tipos penales propuestos es que para algunos de ellos no existe un marco jurídico claro, como es el caso de los corales y los suelos, además las autoridades ambientales exigen requisitos no contemplados en la ley que podrían generar que en un futuro se condene a alguien a personas por desconocer normas inexistentes.

Uno de los mayores problemas que existe en cuanto seguridad jurídica en materia ambiental es la total dispersión interpretativa y de aplicación de la legislación ambiental. Es ausente el rigor jurídico, dejando muchas veces la interpretación y aplicación de la ley a las leyes de la naturaleza o a criterios meramente técnicos. Otro aspecto es que se adoptan como normas jurídicamente vinculantes las normas soft law como son las resoluciones de la Convención CITES, RAMSAR o Basilea, o incluso documentos de política o bien documentos internos de las autoridades ambientales.

La seguridad jurídica se ve alterada por la proliferación de términos inexactos en materia ambiental o bien la indefinición de muchos de ellos, los cuales no se encuentran en la ley y pueden ser utilizados para completar los tipos en blanco.

Pero lo más preocupante es la proliferación de tipos penales varios de ellos repetitivos por cuanto se reiteran en forma diferente. Es así como por ejemplo tenemos el delito de daño en los recursos naturales no tendría diferencia con el de deforestación, ecocidio, destrucción del suelo, de coral, entre otros. Lo mismo se podría predicar del delito de contaminación frente al de depósito o inyección de aguas al suelo.

Otro aspecto es que la política criminal y la definición de tipos penales no se puede plantear partiendo de la lucha contra ciertas actividades que en el país han venido siendo desarrolladas por grupos delincuenciales como el tráfico de droga, el conflicto interno, y pensar que solamente los grupos ilegales son los que cometen dichos delitos. Se está dejando por fuera la delincuencia ambiental de cuello blanco que destruye tanto o más el medio ambiente como los grupos armados o ilegales presentes en el país.

Esto significa que es necesario desarrollar una política criminal clara en materia ambiental pues de lo contrario se puede generar un mayor caos en la aplicación de la legislación ambiental lo que al final contribuye a la desprotección del interés jurídico protegido como es el medio ambiente.

Es eficiente si se simplifican los tipos penales, hacerlos más precisos para que realmente se dirijan a un cambio de comportamiento de la sociedad toda sin distinciones de poder, ni aprovechándose de la confusión interpretativa de las autoridades.

Se podrían dividir en las siguientes categorías:

1. Delitos que afecten el medio ambiente, los recursos naturales renovables y la biodiversidad. Se incluirían entre otros:
  - a. Daño a los recursos naturales renovables
  - b. Contaminación
  - c. El indebido almacenamiento o manejo de residuos ordinarios, peligrosos, sean líquidos o sólidos, así como los escombros.
  - d. Generar agravantes si se produce en especies en veda, en áreas protegidas, en especies en peligro de extinción o amenazadas.
  
2. Delitos por comercio ilícito:
  - a. Tráfico de fauna o flora
  - b. Indebido acceso a recursos genéticos
  - c. Generando agravantes de acuerdo con si se trata de especies en peligro de extinción o amenazadas, o se encuentran en áreas protegidas.

En cada uno de los delitos igualmente existen algunos aspectos puntuales que se señalarán en el siguiente punto cuyos comentarios se realizarán en el punto 2 y se limitarán a aspectos generales de cada tipo penal.

## **2. Comentarios Específicos sobre algunos Tipos Penales.**

Los comentarios generales a los tipos penales se realizarán en un documento Excel aparte. No se entra en el detalle de la técnica penal, sino los aspectos que hacen del tipo penal imposible de aplicar o bien genera una discrecionalidad muy amplia para su aplicación.

Quedamos atentos.

Cordialmente,

Luis Fernando Macías Gómez