Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**El Principio de Precaución Ambiental y su protección judicial a través de Medidas
Cautelares**

Rocío Mabel Torres Murillo

**Tesis de Grado presentada como requisito para optar al título de Magíster en Derecho con
énfasis en Derecho Administrativo**

Directora

Dra. Carolina Bravo Vesga

Doctora en Derecho

Universidad de Salamanca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2017

Tabla de Contenido

	pág.
Introducción	8
1. Fundamentos Constitucionales, Legales y Presupuestos de las Medidas Cautelares en el Derecho Público Colombiano	10
1.1 Tutela Judicial Efectiva y/o acceso a la Administración de Justicia - Desarrollo Jurisprudencial	15
1.1.1 Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares	20
1.2 Fundamentos legales de las Medidas Cautelares en el Derecho Colombiano en materia Contencioso Administrativa	26
1.2.1 Medidas cautelares con anterioridad a la Constitución Política de 1991	27
1.2.2 Medidas cautelares en la ley 472 de 1998, ley de protección de intereses colectivos	28
1.2.2.1 Derechos colectivos y su protección a través de la acción popular	28
1.2.3 Medio de control de nulidad contra Licencias Ambientales	37
1.2.4 Medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011	40
1.2.4.1 Clases de Medidas Cautelares	41
1.2.4.2 Medidas Cautelares de Urgencia	50
1.3 Presupuestos para la Concesión de la Tutela Cautelar	51
1.3.1 Peligro en la demora - <i>Periculum in mora</i>	52
1.3.1.1 Perjuicio en materia ambiental	56
1.3.2 Verosimilitud del Derecho o apariencia de buen derecho -	61
1.3.3 Ponderación de la medida	65

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL Y PROTECCIÓN JUDICIAL	4
2. Principio de Precaución Ambiental y goce de un Ambiente Sano	76
2.1 Principio de precaución ambiental	76
2.1.1 Regulación por el Derecho Internacional Ambiental	79
2.1.2 Regulación en el Derecho Colombiano	90
2.1.2.1 Desarrollo jurisprudencial	101
2.1.3 Diferencias entre el principio de precaución ambiental y principio de prevención ambiental	111
2.1.4 Elementos estructurales del principio de precaución ambiental	116
2.1.4.1 Amenaza o riesgo de daño grave e irreversible	117
2.1.4.2 Incerteza científica	121
2.1.4.3 Adopción de medidas precautorias	123
2.1.5 <i>In du bio</i> pro ambiente	126
3. Aplicación del principio de Precaución Ambiental en el ámbito judicial	131
3.1 Análisis en medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del Derecho. Línea Jurisprudencial	134
3.1.1 Presentación del problema jurídico y las tesis que lo resuelven	136
3.1.2 Explicación metodológica de la línea	137
3.1.2.1 El Punto Arquimédico de Apoyo	137
3.1.2.2 Ingeniería de Reversa	138
3.1.3 La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia	139
3.2 Análisis de la aplicación del principio de precaución ambiental en acciones populares	154
3.2.1 Primer periodo: Providencias durante el periodo 2003-2005	155
3.2.2 Segundo período: 2012-2015	163

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL Y PROTECCIÓN JUDICIAL	5
4. Conclusiones	180
Referencias Bibliográficas	199

Lista de Figuras

	pág.
<i>Figura 1. Metodología</i>	138
<i>Figura 2. Sentencias Hito</i>	139

Resumen

La protección del medio ambiente se ha convertido en una preocupación de todos los Estados, y es por ello que se han creado diferentes mecanismos, tanto en vía administrativa, como judicial, para lograr tal cometido. Es ahí donde yace la importancia del Principio de Precaución Ambiental, que sin lugar a dudas se constituye en uno de los mayores garantes de la política ambiental, en la medida que ante la existencia de una incertidumbre o incerteza científica, sobre el real acaecimiento de daño ambiental, se deban adoptar medidas precautorias tendientes a evitar su ocurrencia.

Es precisamente, en materia probatoria, donde resulta mucho más proteccionista del medio ambiente manejar el grado de verdad como lo presupone el Principio de Precaución Ambiental, esto es, desde la incerteza o incertidumbre científica, pues, que así se pueden adoptar las medidas, sin que se requiera la plena prueba sobre el real peligro o afectación del derecho, sino que basta que haya un peligro de daño grave e irreversible, y donde en virtud de la inversión de la carga de la prueba, corresponde a quien ejerza la actividad o incurra en la omisión, desvirtuar la probabilidad de riesgo de daño ambiental.

Introducción

Actualmente, una de las mayores preocupaciones a nivel mundial, es la lenta y progresiva destrucción del medio ambiente, la cual no podemos catalogar de intempestiva y fortuita, sino que por el contrario, era una calamidad que desde hace varios años, estaba haciendo su anuncio, sin que por parte de cada uno de los asociados y de los gobiernos, se hubiese tomado de manera temprana medidas idóneas para evitar y prevenir daños peores.

Es precisamente en virtud de estas nefastas consecuencias, que el sistema jurídico también se interesó en crear mecanismos para prevenir que se siguieran causando daños al medio ambiente, y es así como surge el Derecho Internacional Ambiental, y dentro de éste una serie de principios que lo nutren y guían, como el de Prevención y Precaución Ambiental. Igualmente, aparecen figuras como las medidas cautelares en daño ambiental y las acciones populares, las que se buscó tuvieran un carácter de público que le permitiera a cualquier ciudadano ejercer las acciones administrativas y jurisdiccionales pertinentes y conducentes para lograr la protección del medio ambiente y los recursos naturales, al considerarse que por tratarse de un bien universal, su cuidado y conservación también debía tener dicho carácter.

En este orden de ideas, y al evidenciarse que el derecho colombiano, desde el punto de vista formal, ha estado a la par con lo regulado en otras latitudes, tal como se demostrará ocurrió, con el Principio de Precaución Ambiental y lo dispuesto en la Ley 472 de 1998 sobre medidas cautelares en acciones populares, fue por lo que surgió el interés por investigar cómo se puede aplicar el Principio de Precaución Ambiental como fundamento para el decreto de medidas cautelares en los medios de control con pretensión de nulidad de licencias ambientales y de

acciones populares, cuando lo que se persigue es la protección del derecho colectivo del goce de un ambiente sano.

Lo anterior, por cuanto es evidente la potencia que tienen estos institutos jurídicos de convertirse en verdaderos ejecutores de la política de protección y prevención ambiental, en la medida que permiten la adopción de medidas precautorias y cautelares por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación se revisaron los fundamentos constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales de los institutos jurídicos bajo estudio. Primero, se hizo un estudio de todos los aspectos relacionados con la tutela cautelar, y dentro de ésta se analizó y revisó lo que en cada momento se instituyó por el legislador. Luego, con el apoyo doctrinal y jurisprudencial de la H Corte Constitucional y el H Consejo de Estado, se hizo una revisión, en punto de la efectividad de cada una de las medidas cautelares existentes, armonizándose siempre con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, se hizo una revisión de la regulación que en el plano internacional existe sobre el Principio de Precaución Ambiental, y su adopción en el derecho colombiano buscando determinar, con el apoyo de lo expuesto por la Corte Constitucional, la constitucionalización y acogida que el mismo ha tenido en nuestra legislación.

Finalmente, en el tercer capítulo, a partir de la revisión de las providencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, se buscó determinar la acogida que en el ámbito judicial ha tenido la aplicación del principio bajo estudio como soporte de providencias que decretan medidas cautelares, tanto en acciones populares, como en medios de control de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho cuando se trata de atacar un acto administrativo relacionado con licencias ambientales.

En efecto, el análisis no sólo se limitó a determinar lo contemplado por la legislación y lo expuesto por la doctrina, sino que por sobre todo, en cada uno de los capítulos, se enfatiza en el estudio de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a fin de observar la aplicación que por parte de las autoridades judiciales se ha dado a los institutos jurídicos bajo estudio, medidas cautelares y principio de precaución ambiental, y a su turno determinar la evolución o no de dicha aplicación.

Lo anterior, por cuanto lo que se pretende más allá del análisis descriptivo de la regulación legal, es hacer un cuadro comparativo entre lo establecido y lo que nos muestra el derecho viviente, de cara a las puntuales características que tienen los medios de control relativos con la protección y conservación del medio ambiente, en los que se faculta a todos los ciudadanos a ejercer e impetrar las solicitudes y acciones respectivas, por lo que también a lo largo del tercer capítulo, se analiza la actividad de las autoridades administrativas y del asociado a fin de verificar su compromiso con dicha protección.

Es por todo lo expuesto, que el presente trabajo de investigación constituye un aporte tanto para la comunidad jurídica, como para la sociedad en general, pues, permite determinar el compromiso del Estado en la política ambiental, así como también el compromiso de las autoridades administrativas y judiciales en la aplicación de las medidas legales existentes. Igualmente, a partir de la armonización de los presupuestos del principio de Precaución Ambiental con los requisitos para el decreto de medidas cautelares en los medios de control tendientes a la protección del medio ambiente, se lograría de manera anticipada proteger este derecho colectivo.

A disposición de toda la comunidad, queda el presente trabajo de investigación, del cual se deriva la obligada reflexión que nos compete efectuar en cuanto a nuestra participación e

intervención en los asuntos relacionados con la crisis ambiental que se está presentando, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino por sobre todo haciendo especial énfasis en las actividades domésticas que a diario realizamos, para que haciendo eco de lo expuesto por Hans Jonas, actuemos siempre de tal manera, que los efectos de nuestras acciones sean compatibles con la permanencia de la vida humana, animal y vegetal auténtica sobre la tierra.

1. Fundamentos Constitucionales, Legales y Presupuestos de las Medidas Cautelares en el Derecho Público Colombiano

El constitucionalismo de la segunda post-guerra logró un cambio radical de paradigma en el derecho, en cuanto a la validez y respeto de lo consagrado en los textos constitucionales, sobre todo en relación con el tema concerniente a los derechos humanos, pues, se consagró de manera expresa su protección, lo cual en virtud de la supremacía otorgada ahora al texto constitucional, garantiza a los ciudadanos el respeto de sus derechos por parte de todas las ramas del poder público.

Esta tendencia tiene sus orígenes más recientes en la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que en su artículo 1 muestra con gran fuerza la necesidad de proteger los derechos fundamentales, precisamente como una marcada reacción frente a los crímenes y horrores que se presentaron en la segunda guerra mundial, los cuales, paradójicamente se encontraban respaldados en leyes válidamente expedidas, que en últimas autorizaban el actuar estatal (López Medina, 2006, p. 1 y ss.)

Colombia no fue ajena a esta nueva tendencia del constitucionalismo moderno, y si bien la urgencia por ese cambio no tuvo como origen el drama vivido en Alemania, no se puede desconocer como el conflicto interno y la marcada exclusión social contribuyeron a que se acogieran esos nuevos postulados, pues, que en la Constitución Política de 1886, si bien se consagraban unos derechos fundamentales, esto no bastaba para exigir su protección directamente ante los jueces (López, 2006), motivo por el cual se gestó el movimiento de la Asamblea Nacional Constituyente, para lograr incorporar en nuestro ordenamiento el paso del

Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, donde la dignidad del asociado se constituye en pilar fundamental.

En efecto, a tono con esta nueva tendencia, propia del constitucionalismo o también llamado “neoconstitucionalismo”, se plantea una opción diferente para el Estado de Derecho, donde prevalezca y tenga primacía, como fuente del derecho, la Constitución. En este marco, los valores y derechos incluidos en el texto fundamental tienen eficacia directa y pueden ser objeto de litigios. Así mismo, este componente valorativo vincula positivamente a todos los poderes públicos, entre ellos, al judicial que debe observarlos y aplicarlos directamente, así como, utilizarlos como criterios de la interpretación de las normas a aplicar al resolver los asuntos bajo su conocimiento. (Carbonell, 2007)

En este orden de ideas, como lo han sostenido al unísono los doctrinantes en la materia, entre ellos puede mencionarse el aporte de Hans Kelsen, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Luis Prieto Sanchis, que han servido para comprender las nuevas constituciones y nuevas prácticas jurisprudenciales (Carbonell, 2007), uno de los cambios más significativos, ha sido la subordinación de las leyes, a la Constitución, lo cual implica que el Estado, al expedirlas debe tener en cuenta la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos de libertad y derechos sociales, y en caso de no ser respetados, bien pueden ser eliminadas del ordenamiento jurídico. Obligación, que también cubre la labor judicial, en la medida que sólo resulta viable la aplicación de la ley, si es constitucionalmente válida, y en cuya interpretación y aplicación se deben tener en cuenta, como ya se dijo, los principios, fines y valores de rango constitucional, esto por cuanto el neoconstitucionalismo concibe al juez y a todas las autoridades, como actores activos y críticos frente a todo el sistema jurídico, mucho más allá del simple legalismo y de un proceder servil frente a la ley.

Dentro de este contexto, la Justicia en la Carta de 1991, se ha concebido como un valor superior y esencial para la estructura del Estado Social de Derecho, pues se constituye en el pilar fundamental para el logro y aseguramiento de la convivencia pacífica y la garantía de los derechos de las personas. Al respecto, en la sentencia C-141 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, a través de la cual se decidió la Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988 "Por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar", se dijo que en la Constitución de 1991 la justicia es regulada como un valor esencial del orden político, económico y social justo que instituye el Estado Social de Derecho, necesario para la convivencia pacífica.

En efecto, de acuerdo con el Preámbulo de la Carta Política, se busca asegurar a los integrantes de la Nación, entre otros, la justicia para garantizar un orden económico y social justo, por lo que en armonía con tal postulado se instituyó como fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Es indudable que a partir de la filosofía humanista que orienta nuestro Estado Social de Derecho, se busca que el respeto y protección de los derechos y garantías de los asociados, no sólo se vea reflejado desde el punto de vista formal, sino desde el punto de vista material, vale decir, que sea real y efectivo, lo cual se puede lograr si se garantiza una administración de justicia eficiente y diligente, en la que crea el usuario y a través de la cual se ejecuten y materialicen las decisiones adoptadas por los encargados de administrar justicia.

Y es que en tratándose de las normas constitucionales que consagran derechos, garantías y deberes, hemos de decir que el constituyente no sólo se limitó a elevarlas a la categoría de normas, sino que lo complementó con el “principio de efectividad” que se consagró como fin

esencial del Estado y a su turno, como compromiso de todas las autoridades públicas, al disponer de manera expresa y reiterada en el texto constitucional, que es un fin esencial del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Corte Constitucional, T-006, 1992).

Esta es precisamente una de las notas características del Estado Social de Derecho, que no sólo consagra normas, sino que además crea y establece las herramientas para proteger y hacer efectivos los derechos y garantías de las personas, pues, que sólo así, se garantiza su dignidad.

1.1 Tutela Judicial Efectiva y/o acceso a la Administración de Justicia - Desarrollo Jurisprudencial

En este orden de ideas, al demostrarse que lo pretendido por el constituyente es el establecimiento de un orden social justo y la convivencia pacífica y que es compromiso de las autoridades públicas cumplir los fines esenciales del Estado, a tono con el constitucionalismo contemporáneo, tal imperativo también aplica a las autoridades judiciales, quienes al decidir los asuntos de su conocimiento deben buscar el “resultado” más justo, acorde con lo previsto con los artículos 2 y 228 de la Constitución Política, por lo que ha sostenido la H. Corte Constitucional, que la justicia material debe considerarse como valor orientador de la actividad judicial, que se condensa en la consigna “*pro iustitia*”.

Es esta pues, la razón de ser para que en el artículo 229 de la Constitución Política, se reconozca a todas las personas el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, en virtud del cual pueden acudir a los jueces para solicitar la protección de sus derechos, tanto los de rango constitucional, como los contemplados en otras normas, con lo cual se afianza

la concepción del estado material de derechos, al pretender su efectiva realización. En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, entre otras en las sentencias de tutela T-006 de 1992; T-476 de 1998; C-037 de 1996; T-554 de 1992; T-597 de 1992; T-295 de 2007.

Este derecho de tutela judicial efectiva, no es solo de raigambre constitucional y de carácter fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, sino que su inclusión precisamente fue consecuencia de la protección que se le ha dado a través de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que se integran a ella, a través del bloque de constitucionalidad. Instrumentos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8º), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (art. 18) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25), en los cuales se reconoce el derecho que tiene toda persona a un “recurso efectivo” ante los tribunales competentes y se establece el compromiso de los Estados partes para garantizar, no sólo la existencia del referido procedimiento o recurso, sino también a garantizar el cumplimiento de la decisión.

Al respecto se tiene que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas previstas en los artículos 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, integran el derecho a la tutela judicial efectiva, del cual se ha sostenido: “El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (CIDH. Caso Cantoral Benavides- Perú. Párrafo 163), afirmándose además, que para considerar

que tal recurso existe, no basta con que esté previsto en la Constitución y la Ley, sino que se requiere que sea realmente idóneo, para primero, lograr establecer la violación de los derechos humanos, y segundo, remediar dicha situación.

Así mismo, no se puede desconocer como el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha hecho en varias constituciones del mundo, entre otras la Constitución Española, que en su artículo 24, consignó la cláusula de protección judicial de los derechos, en virtud de la cual todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. A su turno en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19 se consagró lo concerniente con la Restricción de los Derechos Fundamentales, y en el inciso 4, se dijo “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios...” (Consejo Parlamentario, 1949)

Es precisamente en virtud de todas estas normas de rango supranacional que con razón se ha sostenido que la operatividad de la justicia se hace efectiva “cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad” (Corte Constitucional, T-522, 1992). Igualmente, se ha considerado que este derecho comprende en su ámbito de protección todas las etapas propias de cada uno de los procedimientos instituidos para el adelantamiento de las distintas acciones ante las autoridades judiciales, vale decir desde la formulación de la denuncia o presentación de la demanda, hasta el proferimiento de la sentencia o decisión que ponga fin al proceso.

Pero la materialización de este derecho de acceso a la justicia no se reduce a la creación de los procedimientos judiciales o nominación de las autoridades encargadas de ejercerla, sino que se ha constituido en objetivo de materia a legislar en aras de lograr que el mismo sea efectivo en todos sus aspectos, tal como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos. Al respecto, nótese como la protección ha versado con la creación de mecanismos que mejoren las condiciones de acceso a la justicia, y dentro de estos existen unos que buscan brindar asesoría jurídica gratuita a la persona que deba acudir a los Tribunales o Jueces y no cuenten con los recursos económicos para sufragarlo, tal como es el caso de la Defensoría del Pueblo y la figura del amparo de pobreza, etc.; igualmente, se ha materializado la creación de más acciones o medios de control para efectivizar la protección de todos los derechos, como son las acciones populares, de grupo y cumplimiento, y también se ha insistido en la creación de figuras o instituciones jurídicas que permitan anticipar la protección y amparo del derecho en litigio, como es el caso de las medidas cautelares, así como se han establecido medidas para lograr la descongestión judicial, que es uno de los problemas que aqueja a todas las latitudes (De la Sierra, 2004).

En efecto, en tratándose de mora, en la jurisdicción contencioso administrativa, que es el área objeto de estudio, se tiene que en virtud de los institutos creados por la carta de 1991, que en su mayoría son competencia de ésta, se presentó un progresivo aumento en la demanda de justicia, lo cual fue considerado por el Consejo Superior de la Judicatura desde el año 2000, y fortalecido con la creación de los juzgados administrativos en el año 2006. No obstante, como la demanda de justicia pasó en el año 2005 de tener 88.543 procesos a 150.450 en el año 2007, es claro que se siguió presentando mora en la resolución de los asuntos. La situación descrita, llevó a la creación en todos los distritos judiciales de varios despachos judiciales en descongestión, lo cual

se hizo efectivo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en la medida que se propició que la misma fuera conocida por funcionarios dedicados única y exclusivamente a dicho procedimiento, y en consecuencia, se crearon cargos en descongestión que evacuaran los procesos tramitados bajo el Decreto 01 de 1984, con la finalidad última de prestar el servicio de administración de justicia en materia contenciosa administrativa con criterios de eficiencia y eficacia, pues, sólo así se puede materializar el derecho a una tutela judicial efectiva.

Lo anterior, por cuanto como se ha visto, este derecho a la tutela judicial efectiva, además de tener el carácter de fundamental, y por tanto su protección se puede pretender a través de la Acción de Tutela, tal como lo ha aceptado la H. Corte Constitucional, entre otras en las sentencias T-006 de 1992; T-476 de 1998; C-037 de 1996; T-554 de 1992; T-597 de 1992; T-295 de 2007, también se ha considerado una manifestación del derecho al debido proceso, en tanto que su prestación tiene el carácter de servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizarlo de manera efectiva (Corte Constitucional, C-561, 1992).

Por modo y manera que este derecho para su efectividad, no se conforma con la sola creación y establecimiento de los procedimientos e instituciones jurídicas que se atemperan con las necesidades de los asociados, sino que por sobre todo, requiere que los mismos sean idóneos y eficaces para lograr su materialización, pues, en caso contrario, resulta viable su protección constitucional a través de la acción de tutela, y por ello la H Corte Constitucional ha reiterado que se debe garantizar por el operador judicial la igualdad a las partes, así como que la decisión judicial debe ser fruto del análisis de las pruebas, producto del cual se llegue a un libre convencimiento que respete lo previsto por la Constitución y la ley, pues, si bien se respeta el principio de autonomía judicial, también se ha dicho que el mismo no es absoluto y por tanto la

decisión debe ser ajustada a derecho, proporcional y producto de una interpretación razonable, alejada de cualquier criterio de arbitrariedad.

Es con fundamento en lo anterior que la Corte Constitucional ha considerado que el acceso a la administración de justicia tiene tres pilares que lo conforman, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto, y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva. (Corte Constitucional, T-295, 2007)

1.1.1 Tutela Judicial Efectiva y Medidas Cautelares. Sin lugar a dudas, uno de los mecanismos para lograr la efectividad de la sentencia, que como vimos, se ha constituido en el objetivo de una buena parte de los cambios introducidos en la legislación colombiana, es la tutela cautelar, la cual constituye una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, ya que además contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces. En derecho comparado, la jurisprudencia constitucional ha llegado a conclusiones similares. Por ejemplo el tribunal constitucional español ha concluido que la tutela cautelar es elemento integrante del derecho a una tutela judicial efectiva. (Ver, entre otras, las sentencias STC 14/1992 y STC 148/1993).

Postulado que ha sido acogido por el Derecho Comunitario, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde el mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, norma que establece que en casos de gravedad y urgencia, y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la CIDH podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate, la adopción de

medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas, siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas. Igualmente, en la jurisprudencia comunitaria europea, donde la inclusión de la tutela cautelar en el principio de tutela judicial efectiva, está declarada de manera explícita con rango de principio general del derecho europeo, lo cual ha sido también acogido por la jurisprudencia constitucional de los países integrantes de la Unión Europea. Así, por ejemplo, lo concluyó para el derecho español el profesor García de Enterría, en su análisis del auto del 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo, al armonizar el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa de 1956, con el artículo 24 de la Constitución Española, el cual prevé que la justicia final se debe efectivizar sin dilaciones indebidas.

Auto que el profesor García de Enterría (1995), resume en tres argumentos fundamentales: i) El artículo 24 de la Constitución proclama como derecho fundamental el de una tutela judicial efectiva; ii) en ese derecho hay que incluir, el derecho a una tutela cautelar, sin la cual no hay efectividad posible, y más aún, cuando la justicia se otorga con retraso, y iii) la inclusión de la tutela cautelar en el principio de tutela judicial efectiva, está declarada de manera explícita por la jurisprudencia comunitaria europea, esto es en la sentencia Factortame de 1990. (García de Enterría, 1995)

En el derecho colombiano, tal como se ha referido a lo largo de este escrito, las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, en la medida que de acuerdo con lo expuesto por la H. Corte Constitucional, también desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, se constituyen en un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. (Corte Constitucional, C-490, 2000)

Al respecto, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al contenido del artículo 228 de la CP., se busca una administración de justicia eficiente y diligente. Para lograrlo, y debido a los múltiples problemas que la historia ha demostrado se presentan, por cuanto ha resultado imposible garantizarle siempre al ciudadano que con acudir a la administración de justicia, vea protegido su derecho en término y plazo razonable, el ordenamiento jurídico se vio en la necesidad de establecer o crear institutos tendientes a prevenir las eventuales afectaciones al derecho objeto de Litis, para que así la decisión judicial no resultase inocua. Y tales son precisamente las medidas cautelares, consideradas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad del derecho que es controvertido dentro de ese proceso. (Corte Constitucional, C-490, 2000)

En efecto, es propio de la filosofía que orienta este instituto jurídico que su objeto principal es ser instrumento para garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, bajo el entendido que con su decreto y práctica se busca garantizar la justicia material, en la medida que lo que se resuelve en la sentencia, se torne efectivo, y así evitar que al finalizar todo un proceso judicial, este resulte inocuo al ver frustrada la posibilidad de cumplimiento del fallo. Así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional en su línea jurisprudencial sobre la tutela cautelar, V.gr. en la sentencias C-054-97, C-925-99, C-484-02 y C-485-03 en las que al estudiar la constitucionalidad de las normas que regulan las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico, concluyó que para garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia que requería la ejecución de la providencia, resultaban ajustadas a la Carta la práctica de medidas cautelares, en la medida que propendían por mantener el equilibrio procesal y los derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia, los cuales se hacen nugatorios cuando la

función jurisdiccional no se muestra eficaz y protectora y por ello nada obsta para que se practiquen con antelación a la notificación al demandado.

Desde antaño se ha visto como incluso dictada una sentencia, el cumplimiento de la misma se hace ilusorio, lo cual constituye un atentado contra la real existencia de un Estado Social y democrático de derecho, dentro del cual todos los órganos del poder público, incluido el judicial, debe estar sometido a la constitución. Sobre el punto, lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, en sentencia T-554 de 1992, que el obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces y tribunales es una garantía del Estado Social de Derecho, y agrega, con razón jurídica, que el cumplimiento de las sentencias es de vital importancia para el interés público, por lo que se deben tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, como que el obligado cumplimiento de lo resuelto por los jueces, a más de ser una garantía institucional del Estado Social de Derecho, también es un derecho fundamental de carácter subjetivo que se deduce de los artículos 29 y 58 de la CP.

En materia Contenciosa Administrativa, que es el área objeto de investigación, vemos como en la Constitución Política de 1991, se hizo una aproximación al instituto de la medida cautelar, y en su artículo 238 se consagró que es competencia de esta jurisdicción suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, eso sí, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley. No obstante, debe decirse que la inclusión se limitó a la única clase de tutela vigente en la legislación colombiana hasta ese momento, y por tanto de acuerdo con lo regulado por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, se consideró que dicha figura no resultaba idónea y adecuada para la protección de los derechos constitucionales.

En efecto, en virtud de los requisitos exigidos para la procedencia del decreto de suspensión provisional de los actos administrativos, se consideró, no sólo por los usuarios de la administración de justicia, sino, como se dijo en líneas anteriores, por nuestro máximo Tribunal Constitucional, que en definitiva la suspensión provisional era una medida excepcional concebida únicamente para la protección de derechos de rango legal, y en tratándose de la protección de derechos constitucionales, se le consideró inidónea y poco efectiva, y en virtud de ello, era que resultaba viable acudir a la tutela como mecanismo definitivo, no sólo cuando la censura se dirigiera contra un acto administrativo preparatorio o de trámite, o de ejecución o de actos policivos, sino también, cuando la acción contenciosa se revelaba insuficiente, inidónea o ineficaz, como en el caso de los concursos de méritos (Corte Constitucional, SU-037, 1997).

A través de dicho pronunciamiento, se determinó que de acuerdo con lo exigido por el artículo 152 del C.C.A., el juez administrativo no podía adentrarse en la cuestión de fondo, de lo cual se debía ocupar en la sentencia que pusiera fin al proceso, por lo que se concluyó que resultaba viable que el afectado con el acto administrativo acudiese tanto a la jurisdicción contencioso administrativa como a la acción de tutela, como que estos dos mecanismos no son excluyentes, así como tampoco prevalece el uno sobre el otro, sino tienen el carácter de complementarios, y en punto de la coexistencia de las dos medidas, se dijo:

No fue la intención del Constituyente ni la del Legislador consagrar una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, pues ambas operan y tienen finalidades diferentes. Por el contrario, en razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es

procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales.(Corte Constitucional, Sala Plena, SU-037, 1997)

Así mismo, se dejó claro que por la necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, se imponía un cambio o nueva concepción de la suspensión provisional, como quiera que resultaba necesario que se adaptara a los principios, valores y derechos que consagra el ordenamiento constitucional, para que así en la práctica la misma resultara efectiva, y no reducida a unos mínimos casos, como ocurría para ese momento histórico (Campo Cabal, 1997, p. 104 y ss).

En este orden de ideas, se tiene como la tutela cautelar encuentra su fundamento en todo el plexo constitucional, y en consecuencia, la regulación legal que de la misma se ha hecho en las distintas áreas del derecho, no resulta fortuita ni insular, sino que es consecuencia directa del compromiso de las autoridades, llámese legislativa, ejecutiva o judicial, de propender por la efectividad de la protección de los derechos y garantías de los asociados, para en últimas cumplir con la realización de la justicia, que es uno de los pilares y valores de nuestro Estado Social de Derecho, lo cual va en armonía con lo postulado por la jurisprudencia internacional, en especial, como se ha visto, la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha sido acogida por nuestra legislación y jurisprudencia constitucional, la que como vimos, siempre ha puesto de presente la necesidad de efectivizar el contenido de los artículos 29, 228 y 229 de la CP y lograr que lo decidido por los jueces y tribunales se cumpla, pues, ello constituye una de los fundamentos basilares del Estado Social de Derecho.

Al respecto, se concluye que sin lugar a dudas la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno al instituto jurídico de la medida cautelar, ha sido de gran importancia

para el desarrollo y progreso del mismo en el ordenamiento jurídico colombiano, como que a través de los pronunciamientos efectuados tanto en sede de control abstracto como de control concreto, se ha redefinido la importancia de la tutela judicial efectiva, y fue allí, donde se alertó sobre la inidoneidad de la única medida cautelar vigente en materia contenciosa administrativa, siguiendo los lineamientos ya planteados por la doctrina, lo cual, sin lugar a dudas, constituyó la base para el avance que, como veremos en líneas posteriores, se ha logrado.

1.2 Fundamentos legales de las Medidas Cautelares en el Derecho Colombiano en materia Contencioso Administrativa

Como se dijo en el acápite anterior, la Constitución Política de 1991, consagró el derecho de acceso a la administración de justicia, como un derecho fundamental para todos los asociados, en virtud del cual no sólo se busca lograr la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales, sino que además, el problema o la *litis* sea resuelto y lo decidido se cumpla de manera efectiva, por lo que sin lugar a dudas se pregonaba que la tutela cautelar constituye una parte integrante del contenido protegido constitucionalmente, como es el acceso a la justicia.

Este derecho, en virtud de los postulados del constitucionalismo moderno, necesariamente debe impregnar con gran fuerza el contenido del derecho contencioso administrativo, para proteger al asociado de los abusos de la administración, y por ello es que el instituto de la medida cautelar fue objeto de incorporación directa y expresa en la Constitución Política de 1991 en su artículo 238 en el cual se consagró que es competencia de esta jurisdicción suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación

por vía judicial, eso sí, con las dificultades que se analizaron en precedencia y que se explicarán más detenidamente en las siguientes líneas.

1.2.1 Medidas cautelares con anterioridad a la Constitución Política de 1991. En vigencia del Decreto 01 de 1984, a través del cual se adoptó el Código Contencioso Administrativo, existía una regulación de medidas cautelares en los artículos 152 a 159, el cual fue reformado por el Decreto 2304 de 1989 en su artículo 31, concerniente con la Suspensión Provisional de los Actos Administrativos. Única medida cautelar posible de naturaleza negativa, que admitía a su turno, como única oportunidad para solicitarla, la presentación de la demanda o en escrito separado, y hasta antes de dictarse el auto admisorio. No obstante se aclara que en relación con la suspensión provisional de origen judicial, con anterioridad a esta constitución, se consagró la figura de la suspensión de las leyes por contrariar la Carta Política, facultad que tuvo amplio desarrollo en el siglo XX por parte de la Corte Suprema de Justicia (Malagón Pinzón, 2011).

En materia de los presupuestos que se exigían para su decreto, se requería la manifiesta violación de la norma positiva de derecho, advirtiéndose que para su configuración se exigía su percepción a través de una sencilla comparación o del simple examen de las pruebas documentales aportadas.

Este requisito imponía al demandante, exponer en la solicitud una breve razón o concepto de la violación de la norma o normas que consideraba infringidas por el acto administrativo impugnado, pues, le estaba prohibido al fallador realizar un análisis de fondo, para determinar la alegada vulneración, toda vez que cualquier pronunciamiento al respecto, en etapa distinta a la sentencia, fue considerado por la jurisprudencia, como prejuzgamiento. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicado: 2013-00534-00(20946), 2014)

Además, sólo procedía a petición de parte, nunca de manera oficiosa, por lo que con razón se ha sostenido que pese a su incorporación legal, en punto ya de la efectividad de la medida, la misma no era idónea para la protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

1.2.2 Medidas cautelares en la ley 472 de 1998, ley de protección de intereses colectivos.

Indiscutiblemente con la Constitución de 1991 y el establecimiento de los principios y fines del Estado, quedó claro que uno de sus objetivos era lograr para los asociados una tutela judicial efectiva de sus derechos, por lo cual se crearon nuevas instituciones procesales, tendientes a lograr dicho fin, como fueron la acción de tutela, cumplimiento, de grupo y populares.

1.2.2.1 Derechos colectivos y su protección a través de la acción popular. En el derecho colombiano los derechos o intereses colectivos son protegidos judicialmente por institutos jurídicos de carácter constitucional como las “Acciones Populares”, las cuales fueron implementadas primigeniamente en el Código Civil, artículos 1005 y 2358, como un mecanismo de protección de los bienes de uso público y el daño contingente.

En efecto, en la Constitución Política de 1991, a través de la cual se incorporó el modelo de Estado Social de Derecho, se crearon y establecieron mecanismos que garantizarán la efectiva protección de los derechos de los asociados, entre otras figuras jurídicas, la tutela para proteger derechos fundamentales, y las acciones populares, para proteger derechos colectivos. Estas acciones fueron consagradas en el artículo 88 como un mecanismo para la “protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el medio ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza”, y posteriormente reguladas mediante la Ley 472 de 1998. Al

respecto, es preciso advertir que con antelación a la expedición de esta Ley, la Corte Constitucional en sentencia T-451 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, sostuvo en relación con uno de estos derechos, que la importancia del derecho al medio ambiente, ya había sido señalada por la Corporación, quien lo reconoció como un derecho fundamental, y puso de presente la necesidad de crear mecanismos eficaces de protección, pues, el deterioro del ambiente estaba generando nefastas consecuencias en nuestro sistema y amenazaba gravemente la supervivencia de la especie.

Estas acciones se caracterizan por tener un carácter público, derivadas del sistema participativo y democrático que faculta a cualquier persona natural o jurídica, para interponerlas, como quiera que al tener por objeto la protección de los derechos colectivos consagrados en la constitución, la ley y tratados internacionales, la titularidad de la misma, precisamente recae sobre toda la comunidad. Igualmente, tiene el carácter de acción principal y autónoma, y un carácter preventivo y de reparación, por cuanto puede ser utilizada, bien para evitar el daño contingente, hacer cesar la amenaza, vulneración o agravio o restituir las cosas a su estado anterior, tal como se consagra en su artículo 2. Por tratarse de acción constitucional, su impulso es oficioso, vale decir, corresponde al juez.

La Corte Constitucional al estudiar en la Sentencia C-215 de 1999, la demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, concluyó que la finalidad de la acción popular es eminentemente preventiva, por lo que para su interposición y procedencia, no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, que es de naturaleza colectiva, el que define como “...un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares”.

A su turno el H. Consejo de Estado ha expuesto los presupuestos indispensables para la procedencia de la Acción Popular, así:

La finalidad, es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado, o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.

Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio de los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando a ello fuere posible.

Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como es el caso de los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación: 25000232500020030133101, 2003).

Dentro del catálogo de derechos colectivos contenidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, se encuentra, entre otros, en el literal a, el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias. Derecho, que se encuentra recogido en la norma constitucional, en su artículo 79, según el cual todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.

Es indudable que la protección de este Derecho, se ha convertido en uno de los fines esenciales del Estado, por cuanto se constituye en un interés general, y por lo mismo, es que, además, en virtud de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia, como la Declaración de Rio de 1992, es que en la legislación nacional se fueron introduciendo institutos jurídicos para lograr la protección del medio ambiente. Institutos, dentro de los cuales se halla el Principio de Precaución Ambiental, según el cual, cuando haya peligro de daño grave o

irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para la no adopción de medidas eficaces. Así mismo, se creó la acción popular para la protección de este derecho colectivo, la cual, tiene el carácter de ser pública, y en consecuencia, sin legitimación por activa restringida.

En la Ley 472 de 1998, se estableció la viabilidad del decreto de medidas cautelares, como una herramienta acorde con las exigencias de la nueva carta para el reconocimiento y logro de la eficacia de los derechos colectivos de los asociados, las cuales fueron reguladas en los artículos 25 y siguientes, de donde se colige que su finalidad está dirigida a prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado a los derechos e intereses colectivos. Medidas, que en lo concerniente con el medio ambiente, considero también se crearon, en virtud de la influencia que para el momento estaba teniendo lo dicho por la comunidad internacional en relación con su protección, más concretamente, con el Principio de Precaución Ambiental, como que en últimas los dos institutos coinciden con la adopción de medidas para evitar o hacer cesar un daño a este derecho colectivo, constituyéndose la década de los años 90 como aquella en donde se dio real importancia al cuidado y protección de la casa y bienes comunes, tal como se verá más detenidamente en el capítulo II.

Del contenido del artículo 25, se advierte como se estableció una cláusula de *númerus apertus* en relación con las medidas cautelares que se pueden decretar dentro del trámite de una acción popular. En efecto, no se trató de un listado taxativo, sino que a título de enunciación, se describieron las siguientes:

a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando:

b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;

d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Si bien se enunciaron estas posibles medidas, en el párrafo se estableció, que cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio, y si el peligro es **inminente** podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado, lo cual dota al juez popular de un amplio margen de discrecionalidad y poder en aras de proteger el derecho colectivo (Bravo Vesga, 2011), contrario a lo que ocurre en los procedimientos ordinarios.

En relación con el contenido de esta disposición, es preciso tener en cuenta el estudio que sobre la misma hizo la H. Corte Constitucional en la sentencia C 284 de 2014, cuando al revisar la constitucionalidad del contenido del párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, que extendía lo regulado en dicha normativa a los procesos que buscaban la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando los mismos fueran de conocimiento de la justicia administrativa, se consideró que esta última norma no derogaba, ni tácita ni orgánicamente los artículos 17, 2, 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, y por tanto las dos normas no resultaban

incompatibles, lo cual autorizaba al juzgador contencioso administrativo decretar las medidas de uno u otro estatuto, por lo que las consideró en últimas, complementarias (Bravo Vesga, 2011).

Al respecto, si bien es cierto que en procesos donde se discute la protección de derechos e intereses colectivos, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se armonizan los dos estatutos que sobre medidas cautelares existen, tal como lo expuso, primigeniamente el H. Consejo de Estado en auto del 26 de abril de 2013, M.P. Elizabeth García González, Radicado N. 2012-00614-01, y luego la H Corte Constitucional, ello encuentra básicamente su razón de ser en el hecho cierto que lo dispuesto en la Ley 472 de 1998 cumple con ese objetivo de lograr la realización y efectividad del derecho a una tutela judicial efectiva, como que las medidas contempladas de manera expresa y las autorizadas por el parágrafo, dotan al juzgador de un amplio margen de discrecionalidad, con el fin último de lograr conjurar la amenaza o violación del derecho o interés colectivo en Litis, por lo que incluso se puede predicar que este catálogo es más amplio e idóneo para el cumplimiento de dicho fin.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el decreto de medidas cautelares dentro de las acciones populares, procede antes de ser notificada la demanda, y en cualquier estado del proceso. Así mismo, procede de oficio o a petición de parte, advirtiéndose un avance en la materia, en comparación con la única medida prevista en el Decreto 01 de 1984. Avance, que irradió la Ley 1437 de 2011, en relación con estos aspectos procesales que en últimas ofrecen mayor margen de protección al asociado, y por tanto también se amplió la oportunidad procesal para solicitar la cautela, esto es, en cualquier etapa del proceso, y reiterando la procedencia de oficio de las mismas, en tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos.

En relación con la procedencia y presupuestos que se deben tener en cuenta para el decreto de una medida cautelar en el trámite de esta acción constitucional, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos sostuvo que no era necesario que la responsabilidad del demandado estuviese plenamente demostrada, sino que bastaba con que se acreditase que éste estaba vinculado con las acciones u omisiones relacionadas con la amenaza o la violación del derecho colectivo. (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 25000-23-25-000-0111-01 (AP 0111), 2003)

Se ha sostenido reiteradamente, como se expondrá más adelante, que los presupuestos para la procedencia de una medida cautelar, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, son los siguientes: a) que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido; esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o hacer cesar aquel que ya se consumó; b) que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y c) el juez debe tener en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación: 201028217001-23-31-000-2011-00424-01, 2012)

Sobre este punto, es preciso tener en cuenta la importancia que para la viabilidad del decreto de una medida cautelar en acción popular donde se busque la protección del medio ambiente, puede tener el Principio de Precaución Ambiental, si en cuenta se tiene que dentro de los presupuestos arriba indicados se requiere que “esté debidamente demostrado la inminencia de un

daño o que el mismo se haya producido”, por lo que si se aplica en estricta lógica y con criterio exegético dicho requisito, se debería exigir prueba de tal circunstancia, lo cual en materia de daño ambiental, puede convertirse en un obstáculo para el decreto de la medida, si en cuenta se tiene que por las particulares características del mismo, su aparición o concreción no son concomitantes con la actividad u omisión que lo puede producir, y en consecuencia, en muy pocos eventos se reuniría este presupuesto. Obstáculo, que puede superarse si en el momento del estudio de la viabilidad o no de medida cautelar, se acude a lo planteado por el Principio de Precaución Ambiental, donde como se dijo, y se analizará más adelante, no se requiere del previo conocimiento y prueba de un daño al medio ambiente, sino que basta que haya un peligro de daño grave e irreversible, y donde en virtud de la inversión de la carga de la prueba, corresponde a quien ejerza la actividad o incurra en la omisión, desvirtuar la probabilidad de riesgo de daño ambiental.

En consonancia con lo anterior, tenemos que en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, se estableció el trámite que se debe adelantar por quien pretenda oponerse a la medida cautelar decretada, disponiendo que el auto que decreta las medidas previas será notificado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; recursos que se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días, con lo cual se logra el cumplimiento inmediato de la medida ordenada.

Igualmente, se establecieron unos presupuestos que deben configurarse para quien pretenda oponerse a la medida cautelar decretada, los cuales en últimas están dirigidos a la real y eficaz protección del derecho colectivo en Litis, por lo que se exige a quien los alegue, su prueba. Estos son:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación: 201028217001-23-31-000-2011-00424-01, 2012)

De acuerdo con lo expuesto por el H Consejo de Estado, como la ley señaló unas precisas causales con fundamento en las cuales el interesado puede oponerse a las medidas previas, que se refieren a los efectos que ha de producir la misma respecto de los derechos colectivos que se pretenden proteger, del interés público y de la situación del demandado, se debe tener en cuenta estas circunstancias con el objeto de que se profiera una medida que, además de ser necesaria para la garantía del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro, no resulte lesiva al propio derecho colectivo, al interés público o al demandado, y en consecuencia, una vez cumplidos los supuestos que hacen procedente la medida cautelar, el juez puede adoptar la que resulte necesaria y proporcional para contrarrestar la vulneración o amenaza del derecho colectivo, que debe ser la adecuada a las necesidades de cada circunstancia particular. (Consejo de Estado, Sección Primera, NR: 44001-23-31-000-2003-0380-01-AP-0380, 2004; NR: 227933-17001-23-31-000-2004-00480-02, 2008).

Dicho en otras palabras, se trata de un juicio de ponderación en torno a la procedencia de la medida, el cual, como se sabe, constituye uno de los presupuestos de la tutela cautelar, y que en tratándose de la Ley 472 de 1998, se hace con posterioridad al decreto de la medida, como se ha visto.

1.2.3 Medio de control de nulidad contra Licencias Ambientales. En tratándose de la protección del derecho colectivo, Goce de un Ambiente Sano, resulta un hecho cierto que todas las legislaciones del mundo han previsto los mecanismos o institutos jurídicos que conduzcan a su efectiva protección.

En el caso colombiano, si bien la Acción Popular, se constituye como la herramienta reina para la protección de este derecho colectivo, resulta que no es el único medio de control del que disponen los asociados para reclamar judicialmente.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se dictan normas en materia ambiental buscando reordenar el sector público encargado de la gestión y la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se dispuso que contra el acto administrativo a través del cual se concede, modifica u otorga una licencia ambiental, resulta procedente el medio de control de nulidad.

Lo anterior, por cuanto de acuerdo con lo expuesto en el artículo 71 *ibídem*, las decisiones que pongan término a una actuación administrativa dentro de la cual se debata la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda afectar el medio ambiente, le puede ser notificada a cualquier persona que lo solicite, incluido obviamente, el interesado, con lo cual se da aplicación al principio de publicidad que gobierna esta clase de actuaciones administrativas.

De otra parte, se precisa que los actos administrativos objeto de ataque por el medio de control de nulidad, son sólo aquellos a través de los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización o concede una licencia ambiental, y en consecuencia, de acuerdo con las competencias legales asignadas en la materia, resulta claro que los mismos, deben provenir de

una autoridad ambiental, como el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, etc.

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la descripción normativa del artículo en comento, el ejercicio de la acción está supeditado a que la actividad autorizada mediante el acto administrativo censurado, afecte o pueda afectar el medio ambiente, como que la pretensión en últimas está dirigida con la defensa del medio ambiente, pues, como lo ha sostenido el H Consejo de Estado “(...) Luego, la acción tendiente a dejar sin efecto un acto administrativo contentivo de una licencia ambiental debe fundamentarse, básicamente, en los efectos ambientales dañinos que se generan con la actividad autorizada por aquella”. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado N. 4620, 2000).

A tono con lo anterior, se tiene que de acuerdo con lo previsto en la Ley 685 de 2001, por medio de la cual se expide el Código de Minas, también se previó la posibilidad de impetrar acciones ambientales de nulidad, hoy medio de control de nulidad, contra el acto administrativo que otorgue licencia ambiental para la construcción, el montaje, explotación de minas:

Artículo 290. Acciones ambientales de nulidad. La acción de nulidad contra el acto que otorgue la Licencia Ambiental para la construcción, el montaje y la explotación de minas, podrá ser ejercitada en cualquier tiempo y por cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés directo, o por el Ministerio Público, si las condiciones, modalidades y especificaciones de dicho acto afecten o pudieran afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables

La razón de ello, por cuanto la actividad minera se ha convertido sin lugar a dudas en nuestro país en una de las actividades económicas de mayor auge en los últimos tiempos, pero que a su turno, reclama la mayor protección en materia ambiental.

En relación con este medio de control, debe precisarse que el competente para su conocimiento, es el Juez Contencioso Administrativo, y en consecuencia, se rige por lo previsto en la Ley 1437 de 2011, incluido lo concerniente con las medidas cautelares, precisándose que como se trata de un contencioso de nulidad especial, a más de la protección del ordenamiento jurídico, también se busca la protección del goce de un ambiente sano, siendo estos dos aspectos, los que corresponde demostrar sumariamente al actor, de pretender la suspensión del acto administrativo.

En cuanto a la legitimación por activa, se tiene que si bien se trata del ataque de un acto administrativo de contenido particular, en la medida que busca la protección de un derecho colectivo, se le ha dado nominación y características de un contencioso de simple nulidad, y en consecuencia la titularidad la tiene cualquier persona, pues, que ese es el objetivo de la norma, que básicamente busca reforzar los mecanismos de protección del derecho colectivo y así satisfacer las exigencias de las normas de carácter internacional.

Así mismo, téngase en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia del H Consejo de Estado, se ha considerado que por tratarse de un proceso donde se defiende la legalidad en abstracto, tiene por finalidad la defensa de un interés colectivo, como es la defensa del ordenamiento jurídico, y por tal motivo, es que no requiere de legitimación por activa. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicado: 2014-00054-00(21025), 2015)

1.2.4 Medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En el Capítulo X de la Ley 1437 de 2011 – CPACA (artículos 229 a 241) se reguló el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es un hecho cierto, que a través de su expedición, se buscó robustecer los poderes del juez de lo contencioso administrativo, pues, precisamente la finalidad principal de la reforma, fue lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, tal como se deduce de la exposición de motivos, del Proyecto de Ley 198 de 2009 y de lo expuesto en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, en el Proyecto de Ley N. 315 de 2010 de Cámara y 198 de 2009 del Senado de la República, publicado con la exposición de motivos en la Gaceta 173 de 2009, se estableció entre sus finalidades fortalecer los poderes del juez contencioso, y en relación con las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se dijo que se constituían en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propuso en el artículo 224 que incluso podían ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales colectivos. Se dijo, que en dicho proyecto se dejaban intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de los derechos e intereses colectivos que le permiten al juez adoptar todas las medidas que considere necesaria para su protección con independencia de que sean pedidas en la demanda u otras diferentes. En el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República, publicado en la Gaceta No. 1210 de 2009, se aludió nuevamente al fortalecimiento de los poderes del juez, y se dijo que las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. En el informe de ponencia para segundo debate en el Senado publicado en la Gaceta No. 264 de 2010, se reiteró la exposición de motivos al proyecto

de ley y se propusieron las modificaciones presentadas por académicos, universidades y Comisión Preparatoria del Proyecto de Código, dentro de las cuales se halla lo concerniente con la suspensión provisional.

Lo anterior, por cuanto en su momento se advirtió como los derechos de los administrados, fueron y son sistemáticamente desconocidos por la administración, y es por ello que uno de los avances más significativos, fue sin lugar a dudas, la regulación que de las medidas cautelares se hizo, toda vez que se tiene dicho por doctrina y jurisprudencia que las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, tienen como fin evitar la inejecución de la sentencia y realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, para que el objeto del litigio no se altere durante el proceso y así la sentencia pueda proyectar sus efectos sobre la misma realidad que existía al iniciarse el proceso. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946), 2014)

En efecto, debe resaltarse que en este capítulo se condensó un catálogo de normas que buscan la adopción de cautelas previas que realmente garanticen la efectividad y el cumplimiento de las sentencias, para que así, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229 de la Constitución Política, sea protegido sustancial y materialmente también por el juez contencioso administrativo, sin que tal atribución, sea exclusiva ya del juez constitucional.

En este punto, es preciso tener en cuenta como el legislador colombiano acogió los postulados tanto de la doctrina y jurisprudencia de la Comunidad Europea, donde desde aproximadamente el año 1990 se empezó a cuestionar la eficacia de la única medida cautelar vigente en el contencioso administrativo, esto es la suspensión provisional. Así mismo, también se tuvo en cuenta lo expuesto en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde el

mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, norma que establece que en casos de gravedad y urgencia, y de resultar necesario la CIDH podrá solicitar al Estado de que se trate, la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. Es por ello que las medidas cautelares relacionadas con la protección de los derechos fundamentales consagrados por el Sistema Interamericano, tiene dos funciones, una cautelar en el sentido de preservar una situación jurídica, y otra tutelar, en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos. En relación con esta última, se tiene que en la práctica es la que más se ha aplicado, en especial, para evitar daños irreparables a la vida e integridad personal de los beneficiarios, entre los que se destacan defensores de derechos humanos, periodistas, sindicalistas, grupos vulnerables como mujeres, niños, comunidades afrodescendientes, pueblos indígenas, desplazados, comunidades LGTBI, y en virtud de lo cual se ejemplificó la verdadera esencia de las medidas cautelares, y se abrió paso en las legislaciones locales la consagración de nuevas medidas, aminorando ese carácter de excepcionales con que fueron manejadas por décadas en el derecho procesal.

Bajo esos modelos, se abrió paso a la crítica y exploración de la necesidad de crear cautelas positivas que en últimas protegieran al ciudadano de la administración, si en cuenta se tiene que la jurisdicción contenciosa, no se limita a proteger en abstracto la legalidad objetiva de la administración, sino por sobre todo a proteger los derechos de los asociados, y en consecuencia, esa tutela debe ser efectiva.

Y es que no se puede desconocer cómo con la nueva normativa, no sólo se le otorgó al juzgador la potestad del decreto de cautelas previas, sino que en punto de estas, también se amplió de manera significativa el catálogo de las mismas, y por consiguiente, ya no es la suspensión provisional de los actos administrativos, la única medida cautelar posible en el

trámite de los medios de control de conocimiento y competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que se incluyeron cautelas de tipo positivo cuyo objeto de acción no sólo está dirigida a una de las manifestaciones de la administración, acto administrativo, sino que puede involucrar todas las restantes, para así brindar una protección más amplia y acorde con la realidad.

La solicitud de decreto de una medida cautelar, se puede presentar antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, tal como se estipula en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, de donde se tiene que incluso, puede ser solicitada en el trámite de la segunda instancia, tal como se ha sostenido por vía jurisprudencial, lo cual aumentó considerablemente el rango de protección. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado: 2013-00162, 2014)

La providencia judicial, a través de la cual se decreta una medida cautelar, cuando el proceso es tramitado en una Corporación Judicial, corresponde al Ponente.

1.2.4.1 Clases de Medidas Cautelares. De acuerdo con lo previsto en el artículo 230, las medidas cautelares que se pueden ordenar en el trámite de un proceso adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Precisamente, este fue uno de los puntos de mayor avance, por cuanto, como se ha visto, ya no se contempló sólo la medida de suspensión provisional dirigida contra los actos administrativos de contenido positivo, cuando el objeto de control era precisamente la legalidad de un acto administrativo, sino que además se incluyeron cautelas positivas dirigidas contra otras

manifestaciones de la actividad de la administración, cuyo campo de acción se produce en aquellos eventos o situaciones en los cuales la materia sobre la que versa el litigio es la inactividad de la administración, esto es las omisiones, y los hechos o las operaciones administrativas. (Fajardo Gómez, s.f.)

Dentro de esta clase de medidas positivas, se incluyen las medidas preventivas, conservativas o anticipativas.

Las preventivas, buscan “prevenir” o evitar que se consume la vulneración o el detrimento para los derechos o intereses legítimos del demandante.

Según el H. Consejo de Estado, las medidas cautelares preventivas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante. A su turno, las medidas conservativas buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia. Finalmente, las medidas anticipativas, que adelantan algunos efectos de la sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulnerante. (Consejo de Estado, Auto, Radicación: 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946) 2014)

Ahora bien, en lo concerniente con las medidas anticipatorias y las conservativas, se tiene dicho por la doctrina que la diferencia existente entre ellas apunta a que:

...mientras en éstas la medida cautelar no regula el fondo de la relación sustancial controvertida, aportando únicamente los medios para asegurar la ejecución forzosa de la futura resolución definitiva, en aquéllas, la medida cautelar consiste en una decisión anticipada y provisional del fondo del litigio, destinada a durar hasta que a esta regulación provisional de la

relación controvertida se sobreponga la regulación estable conseguida a través del más lento proceso ordinario (Escudero Herrera, C., s.f. citado por Fajardo Gómez, s.f., p. 341 y ss)

Dentro del catálogo de medidas cautelares previsto en la Ley 1437 de 2011, se hallan las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

A partir de lo anterior, vemos como se consagraron medidas preventivas, como la del numeral 4, que otorga amplitud al juez para adoptar la medida con el fin de evitar o prevenir un perjuicio; anticipatorias, como la del numeral 1, segunda parte, por cuanto se busca que la administración restablezca de manera inmediata la situación, sin esperar hasta la declaratoria de responsabilidad

dictada en la sentencia, como sería la reparación de los daños causados por la responsabilidad extracontractual del Estado, así como la de los numerales 2 y 3; y conservativas, como la del numeral 1, primera parte, al permitirle al juez, ordenar que se “mantenga la situación”.

Igualmente, en el numeral 5 se establece una clausula genérica al disponer que el juzgador puede impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. Con base en este criterio, es necesario que el juicio de necesidad y ponderación que debe hacer el juzgador, sea lo más razonado posible, pues, de una buena utilización de esta medida, la tutela judicial efectiva, dejaría de ser una ilusión, para convertirse en un derecho reconocido sustancial y materialmente. Sobre el punto, es preciso resaltar, por su innovación y aporte jurídico, la providencia proferida por un Juzgado Administrativo, dentro de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que pretendía la nulidad del acto administrativo a través del cual se le negó a la accionante el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de su cónyuge. En dicho auto, se decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que negaron la pensión de sobreviviente reclamada por la actora, y además, se ordenó a la demandada que reconociera y pagara la pensión de sobreviviente en un porcentaje del 86.44%, desde que se hizo efectiva y hasta que se decida de fondo el proceso. (Juzgado Administrativo 751 de Descongestión Oral del Circuito Judicial de San Gil, Radicado N. 2013-00339-00, 2014).

Pronunciamientos como el referido, constituyen sin lugar a dudas un significativo avance en cuanto a la tutela judicial efectiva, lo cual es consecuencia de los postulados que inspiraron esta figura jurídica en el CPACA, pero que se repite, exigen del juzgador una mayor responsabilidad y razonabilidad de sus argumentos en la toma de decisiones de esta naturaleza.

Al respecto, se considera que no obstante el avance que se produjo en la materia, se siguen presentando vacíos como que se dejó por fuera la explícita enunciación de las medidas innovativas, desarrolladas a modo de ejemplo en el artículo 682 del Código Procesal Civil del Perú, en virtud de las cuales el juez ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente, esto por cuanto, en esta clase de medidas, la frustración o peligro por el resultado del proceso se presenta, es si no se dispone anticipadamente un cambio o modificación de la situación fáctica presentada, por lo que además se le considera como una medida excepcional, por cuanto modifica el estado de hecho o de derecho existente. (Peyrano, s.f. citado por Porras Hernández, 2005). Igualmente, se ha considerado que su concesión se da, sólo si no resulta aplicable otra prevista en la ley.

Esta clase de medidas cautelares, tiene rasgos que la identifican, en la medida que durante su permanencia, se satisfacen los derechos pretendidos por el accionante, por lo que implica una conducta activa del funcionario judicial, quien con su decisión ordena hacer o dejar de hacer algo, pero en sentido totalmente contrario al existente con anterioridad al decreto de la medida. Así mismo, otro de sus elementos esenciales, y que se constituye en fundamental para su decreto, es el concerniente con la posibilidad de la existencia de un perjuicio irreparable, lo cual de entrada podría llevarnos a pensar en su aplicación en asuntos ambientales, si en cuenta se tiene que la naturaleza del daño en estos, casi siempre tiene el carácter de irreparable. Con razón, en el Derecho Ambiental Chileno, a través de la Ley 20.600 de 2012, por medio de la cual se crearon los Tribunales Ambientales y se estableció el procedimiento a aplicar por estos, se determinó en el artículo 24 la viabilidad del decreto de medidas cautelares conservativas e innovativas, definiendo a estas últimas como aquellas que buscan modificar el estado de hecho o de derecho

existente al momento de la solicitud, y en el inciso 6 dispone que sólo podrá decretarse, ante la inminencia de un perjuicio irreparable; razón de más, para considerarla excepcional.

Si bien la medida innovativa, no fue consagrada de manera expresa en nuestra legislación, si podría pensarse que la redacción del numeral 5 del artículo 230 del CPACA, según el cual se pueden “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”, corresponde a esta clase de medidas, por cuanto al decretarse lógicamente que se va a presentar un cambio de la situación fáctica existente para el demandante, tal como se expuso en líneas atrás al analizar el auto del Juzgado Administrativo del Circuito de San Gil.

Medidas, que se consideran, apuntan a la realización del principio de tutela judicial efectiva, por cuanto, precisamente, sin la existencia de una sentencia definitiva, se está impartiendo una orden que modifica la situación de hecho existente, y en últimas, se satisface lo pretendido por el demandante.

En relación con el listado del artículo 237 de la Ley 1437 de 2011, se ha cuestionado si el mismo es de carácter enunciativo o por el contrario es taxativo. A este respecto, la mayoría coincide con la taxatividad del mismo, lo cual es visto como una limitante a los poderes del juez contencioso administrativo, en contravía a lo que inicialmente se quiso por el legislador, como que al revisar la historia del trámite legislativo que culminó con la Ley 1437 de 2011, se advierte como en el proyecto de Ley 198 de 2009, aprobado por la Comisión Primera del H. Senado de la República, en el artículo 255, se indicaba de manera clara que el listado de las posibles medidas cautelares debía tenerse como puramente ejemplificativo, lo cual iba en consonancia con lo expuesto en el artículo 224, según el cual, el juez contencioso administrativo podía decretar las medidas cautelares que considerara necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial.

Sobre el punto, merece ser tenido en cuenta el argumento expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la sentencia del 5 de marzo de 2014, cuando al resolver la impugnación presentada contra la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que negó por improcedente la tutela impetrada por Gustavo Petro con la que buscaba dejar sin efecto los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, a través de los cuales se le sancionó con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por 15 años, resaltó al hacer un análisis de lo previsto en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, que tal como quedó la descripción normativa, se puede concluir que con la eliminación de la expresión “entre otras” que aparecía en los Actos Legislativos, se pretendió dejar en claro, “en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, que las allí enumeradas y tipificadas don de carácter taxativo”. (Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente 2013-006871, 2014)

No obstante, existe un sector que considera que si bien el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 contiene un listado taxativo de medidas cautelares, el tipo de cautelas que de acuerdo con este artículo pueden adoptarse, resulta muy amplio si en cuenta se tiene que de acuerdo con los numerales cuarto y quinto, el juez puede, cuando a ello hubiere lugar, “ordenar la adopción de una decisión administrativa..” o “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”, lo cual se traduce en la práctica en la adopción de una medida no contemplada en el texto en comento, y en virtud del cual consideran que “...el listado en cuestión, aunque formalmente taxativo, termina por ser mucho más indicativo que limitante. (Fajardo Gómez, s.f., p. 341-342). Posición, que comparto y que considero es la que más se ajusta a la realización de la tutela judicial efectiva, sin que ello pueda traducirse en arbitrariedad

judicial, como que de todas formas, la cautela ordenada debe satisfacer cada uno de los presupuestos legales y jurisprudenciales existentes.

1.2.4.2 Medidas Cautelares de Urgencia. En el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 se consagró la figura de la Medida Cautelar de Urgencia, la cual puede ser adoptada desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se cumplan los requisitos para su decreto y además se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en la ley. Vale decir, se aplica la fórmula “*Inaudita altera pars*” sin dar audiencia a la otra parte. Esta clase de tutela cautelar se caracteriza porque es tramitada y concedida sin la intervención de la otra parte, advirtiéndose que en torno a este punto, ya la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de estudiar el tema, para concluir que no se afecta el derecho a la buena fe.

Igualmente, el H. Consejo de Estado, ya se ha pronunciado en torno a esta clase de medida y en un caso de amplio conocimiento público, accedió a la misma, y expuso que el trámite de la medida cautelar, es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, por lo que su decreto y adopción no depende ni está condicionado a la admisión de la demanda, como que puede proferirse, incluso antes de ser notificado dicho auto. Igualmente, frente a los reparos hechos por la entidad demandada frente al peligro que puede constituirse el declarar medidas cautelares de urgencia, consideró la Sala que ello no basta para que los operadores judiciales se abstengan de aplicar dicho instituto, como que:

...llevaría a la inoperancia de la figura de las medidas cautelares en general y de la suspensión provisional en particular, que caracterizó al anterior Código Contencioso

Administrativo y que llevó a consagrar en el nuevo Código una figura más amplia y protectora de los derechos del demandante frente a la actuación de la administración (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado No 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14), 2014)

A través de este auto se decretó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos, por medio de los cuales la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución e inhabilidad general por 15 años al Alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego.

En este orden de ideas, queda claro que el decreto de una medida cautelar de urgencia, requiere obviamente una carga argumentativa alta, por lo que el juzgador debe explicar de manera razonada y clara los argumentos sobre los cuales edifica la viabilidad de su decreto, y que en tratándose de la de suspensión de actos administrativos, debe decirse de manera clara y puntual por qué motivo se considera que el acto administrativo demandado contraviene las disposiciones superiores en las que debía fundarse. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado N. 11001-03-25-000-2013-01524-00(3914-13), 2014)

También se ha dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, pues, que esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, y constituye una interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos, tal como lo reclama el artículo 228 superior.(Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente 2013-006871, 2014).

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del C.P.A.C.A.¹ y la medida cautelar de urgencia del 234 *ibídem*, es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas, como lo ordena el art. 233, pues en las primeras es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite.

Con el catálogo de normas que se han comentado, en armonía con lo expuesto por la jurisprudencia, se concluye que sí se logró un avance en torno a la concreción de la tutela judicial efectiva a través de la tutela cautelar, en el procedimiento que se adelanta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ya queda en manos de los operadores judiciales la real y efectiva materialización de cada uno de los mecanismos previstos, así como de la efectiva colaboración de las partes, destacándose que en punto, de los derechos colectivos, como es el goce de un ambiente sano, a la fecha existen las dos regulaciones, Ley 472 de 1998 y Ley 1437 de 2011, respecto de lo cual, como ya se analizó, se ha dicho tanto por el Consejo de Estado, como por la H Corte Constitucional, que tienen el carácter de complementarias, por lo que corresponde al juzgador determinar en cada caso concreto, cuál de estas dos regulaciones es la que contribuye de manera eficaz e idónea al logro del fin de la norma, que no es otro, que la protección del derecho e interés colectivo.

Al respecto, considero que en relación con la protección del goce de un ambiente sano, no fue precisamente la Ley 1437 de 2011 la que posibilitó tal cometido, como que en sede de medida cautelar, ello se encontraba regulado desde la Ley 472 de 1998, pues, que las contempladas de

¹ Código de Procedimiento Administración y de lo Contencioso Administrativo

manera expresa en el artículo 25, unidas a las autorizadas por el párrafo, dotan al juzgador de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar la medida idónea y eficaz para conjurar su vulneración o puesta en peligro, toda vez que las mismas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte y con anterioridad a la notificación de la demanda.

Igualmente, nótese como si la vulneración proviene del otorgamiento de una licencia ambiental, se cuenta con el medio de control de nulidad de licencias ambientales, que goza de unas particulares características, como es la defensa de la legalidad, pero que en el caso concreto, requiere además, que los efectos dañinos al medio ambiente, se deriven, como se dijo, de la ejecución de la licencia, y donde la legitimación por activa la tiene cualquier persona, lo cual facilita la protección. Medio de control, que no es de mayor uso por los ciudadanos, quizá por su desconocimiento, pero que de cara a la nueva regulación, permitiría una adopción temprana de medida cautelar en materia ambiental, en virtud de las bondades de la medida cautelar de urgencia regulada en la Ley 1437 de 2011, como que permite su adopción con anterioridad a la presentación de la demanda, vale decir, se anticipa la protección al derecho colectivo, sin supeditarla a la interposición de medio de control alguno.

1.3 Presupuestos para la Concesión de la Tutela Cautelar

Si bien el instituto de la tutela cautelar se constituye como uno de los mecanismos para hacer efectivo la protección y goce de derechos y garantías, en especial el de permitir el acceso eficiente y diligente a la administración de justicia, esto es, garantizar la tutela judicial efectiva, en la medida que sus efectos se proyectan en contra del demandado en el proceso judicial,

cuando aún no se ha dictado sentencia definitiva, es que su decreto y práctica ha sido también objeto de regulación, tanto en el derecho nacional, como en el derecho comunitario.

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido de manera reiterada que las medidas cautelares y provisionales tienen un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar. Respecto del carácter tutelar, buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos. En relación con el carácter cautelar, tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final.

De acuerdo con lo estipulado en varios de los ordenamientos jurídicos nacionales de varios de los estados Miembros de la Unión Europea, como el español, así como de legislaciones suramericanas (Perú, Chile), se han reconocido tres requisitos para el decreto de medidas cautelares, los cuales, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina, fueron recogidos en la actual Ley 1437 de 2011. Dichos requisitos son: I) *Periculum in mora*, que haya un peligro en la demora; ii) *Fumus bonis iuris*, esto es que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia, y iii) ponderación. (Corte Constitucional, C-490, 2000)

1.3.1 Peligro en la demora - *Periculum in mora*. Entendido como el perjuicio que la mora procesal puede en un momento dado ocasionar a los intereses bajo *litis*, ha sido considerado por

un sector de la doctrina como la esencia de las medidas cautelares, su razón de ser. En consecuencia, es el requisito que obliga al juez a apreciar en qué casos, de no otorgarse el amparo cautelar, la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, por lo que autores lo han identificado como el elemento que define la esencia de las medidas cautelares, "...las cuales surgen como respuesta a la falta de contemporaneidad entre el momento en que un derecho cobra vida y el momento en que la existencia de este derecho es definitivamente establecida". (De la Sierra, 2004, p. 223)

En relación con el concepto y significado de este presupuesto, se ha identificado con el peligro a que se someten los intereses o derechos cuya protección se reclama, por el tiempo que pueda durar el proceso, el cual, en la mayoría de las legislaciones, no es razonable. Igualmente, ese peligro se ha considerado como la "urgencia relevante" que lo define como algo inminente o inmediato y por tanto grave, que puede llevar a que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar en la sentencia final. (García de Enterría, 1995, p. 175)

Sobre el presupuesto bajo estudio, se pronunció el tratadista Piero Calamandrei, como sigue: "La existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (Calamandrei, s.f., citado por Quiroga, 2011)

En efecto, para el autor al concepto de *periculum in mora* se arriba, si se superan dos elementos, la prevención y la urgencia, al considerar que no basta que la providencia que se reclama tenga la finalidad de prevenir un daño, sino que además es preciso que se configure la urgencia en su expedición, en la medida que su demora, transforma el daño temido en efectivo, sin que en últimas, basten estos dos conceptos, como quiera que considera se debe evidenciar también, que la tutela ordinaria se manifiesta demasiado lenta o morosa, por lo que ha de

dirigirse para evitar el daño marginal, derivado directamente de la mora. (De La Sierra, 2004, p. 236)

Lo que significa que para la procedibilidad de la medida cautelar, se requiere la presencia de un interés jurídico en el demandante, que surge ante la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado de la mora en la producción de la providencia definitiva, es decir, el riesgo o peligro que se corre mientras se dicta la providencia definitiva, y tal riesgo no será otro que la consumación del daño jurídico. Pero las características de ese perjuicio, que justifica la adopción de la medida, varían en cada uno de los ordenamientos jurídicos, destacándose por la doctrina que existen dos que se pueden catalogar tienen carácter general, y es que el perjuicio sea “grave” e “irreparable”, por lo que siguiendo esta línea, Calamandrei diferencia dos tipos de perjuicio que indican dos medidas de naturaleza diversa. (De La Sierra, 2004, p. 240)

En lo concerniente con la gravedad del perjuicio, siguiendo la línea de la CIDH se advierte que se debe examinar la gravedad de la situación fáctica puesta en conocimiento, de cara al impacto que la acción o la omisión que se reclama pueda tener sobre el derecho pretendido.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la irreparabilidad, se ha sostenido que éste es un elemento determinante en la apreciación del perjuicio, por cuanto si los posibles y eventuales perjuicios son susceptibles de ser reparados, se considera que no existe peligro en la demora, pues, que las pretensiones se hallan aseguradas. No obstante, se ha avanzado en la materia y se ha determinado que también los daños difícilmente reparables, han de ser considerados como justificante para una medida cautelar. (De La Sierra, 2004, p. 256)

1.3.1.1 Perjuicio en materia ambiental. En Derecho Comunitario Europeo, el derecho ambiental, es uno de los clásicos ejemplos de regulación especial en materia cautelar.

En Colombia, al considerarse el Goce de un Ambiente Sano, como derecho colectivo susceptible de ser protegido a través de la acción popular, resulta viable la aplicación y decreto de las medidas cautelares previstas en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

No obstante, en relación con el “perjuicio” que se pueda generar en materia ambiental, este adquiere especial relevancia, no sólo en Colombia, sino en la mayoría de las legislaciones. Muestra de ello es la Directiva sobre Responsabilidad Medioambiental acogida en 2004 por la Comunidad Europea, que establece un marco común para la prevención y reparación de los daños medioambientales, y se basa en el principio de “quien contamina, paga”, pues, que la protección del medio ambiente, es precisamente uno de los fines esenciales de los Estados, y a su turno, un compromiso de los asociados. En efecto, el carácter de prevalente del interés ambiental, se consagra en los ordenamientos jurídicos, derivados la mayoría de las veces de la norma constitucional, donde se ha elevado y catalogado el medio ambiente, como interés público. (De La Sierra, 2004, p. 249)

En punto de lo que se entiende por daño ambiental, la Directiva 2004/35/CE de la Comunidad Europea, lo define como “cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies” (Directiva 2004/35/CE, art. 2). A nivel local se tiene como fue en la Ley 23 de 1973 donde se estableció una definición amplia de dicho concepto, consagrando que se consideraba como tal, cualquier tipo de alteración al medio ambiente producto de una actividad humana o incluso de la misma naturaleza, que tuviera la potencialidad de interferir en el bienestar de los seres humanos o de los recursos naturales.

A su turno la H Corte Constitucional, ha sostenido que el concepto de daño ambiental, es una categoría amplia, por cuanto incluye afectaciones a los recursos naturales, así como afectaciones

que pueden recaer indirectamente sobre el ser humano. Igualmente, que se refiere a cualquier alteración o interferencia en el normal funcionamiento de los ecosistemas (Corte Constitucional. T-080-2015)

En este orden de ideas, es que para el decreto de la medida cautelar, así sea en materia ambiental, se requiere la demostración del *periculum in mora*, el cual en esta área del derecho, es de mayor complejidad, máxime en sede cautelar, donde el juez no dispone de todos los elementos necesarios para elaborar un juicio definitivo, motivo por el cual, corresponde, bien a la parte demandante, aportar los elementos de prueba determinantes para demostrar en grado de probabilidad, la ocurrencia del daño o perjuicio, o bien, a las autoridades ambientales, adelantar los estudios necesarios y pertinentes que le permitan al juzgador tutelar este derecho colectivo.

Al respecto, nótese como precisamente por sus puntuales características, el daño ambiental merece un tratamiento distinto a los otros que se puedan generar, como que muchas veces estos no son consecuencia de una única acción, sino que por el contrario son el resultado de todo un proceso que se ha extendido a lo largo del tiempo y el espacio, y donde la “**irreparabilidad**” es una de sus características definitorias, por lo que la reparación debe buscarse a través de la restauración del bien ambiental dañado y no mediante el equivalente en dinero, privilegiándose la reparación en especie que restaure el hábitat o busque el equilibrio de los valores ecológicos, advirtiéndose que si la misma se produce en dinero, éste debe invertirse en la restauración del ecosistema. (Henao, 2000)

Así mismo, la fuente de la producción del daño ambiental puede ser la acción o la omisión, bien de los particulares, así como también de las autoridades públicas, la cual puede ser activa, cuando por medio de sus servidores se causa daño al equilibrio ambiental, bien de manera lícita o ilícita, y será omisiva, cuando se omite controlar, vigilar y sancionar las actividades de los

particulares que degradan o contaminan los elementos constitutivos del ambiente, constituyéndose este último evento, sin lugar a equívocos, en el de mayor ocurrencia, siendo quizá ello la razón por la cual la ley ha creado y ampliado los mecanismos jurídicos para la protección de este derecho colectivo.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto por el tratadista Henao, Juan Carlos, el daño ambiental en su forma pura se presenta cuando se vulnera un derecho colectivo, sin que ello implique que se excluyan los daños individuales, como que también se pueden presentar, y ameritan indemnización. Así mismo, también se presenta una clase de daño ambiental consecutivo o impuro, bajo el cual se estudian las repercusiones pero ya en relación con una persona determinada, esto es, en función de las consecuencias que el deterioro ecológico puede generar en el ser humano y los bienes de éste.

Es por todo lo que representa e implica el daño ambiental, que se ha buscado crear mecanismos para hacer efectiva la reparación de los daños ambientales y en la Comunidad Europea se ha acogido el tema de la responsabilidad ambiental, que tiene por objeto obligar al causante (contaminador) a reparar los daños. En el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, aprobado por la Comisión Europea en el año 2000, se establece la estructura de un futuro régimen comunitario de responsabilidad ambiental encaminado a la aplicación del principio de “quien contamina paga”. Así mismo, también describe los principales elementos que harán posible que dicho régimen sea eficaz y viable. Este trabajo es consecuencia del llamado del Parlamento Europeo para la presentación de propuestas legislativas en materia ambiental, y tras evaluar diferentes opciones, la Comisión concluyó que lo aconsejable era la adopción de una Directiva marco comunitaria en materia de responsabilidad ambiental, y por ello en la Directiva 2004/35, se estableció un marco común para la reparación y prevención de daños

medioambientales, advirtiéndose que de un estudio sobre su aplicación, se determinó que si ha sido eficaz para reparar los daños ambientales, así como para incentivar la prevención.

Ahora, en cuanto al requisito de la gravedad que también debe concurrir en el perjuicio o daño ambiental, ha de decirse que por la connotación que reviste para el sostenimiento de la humanidad, todo daño ambiental, por regla general, es grave, y de ahí entonces la importancia de su protección en sede cautelar, pues, que en este asunto, una resolución tardía, conlleva necesariamente la producción de un resultado cada día más dañoso, donde la incertidumbre, es precisamente, junto a la gravedad e irreparabilidad, una de las notas definitorias de los problemas ambientales, motivo por el cual se ha creado en el derecho ambiental, el principio precautorio o de precaución, contenido en múltiples instrumentos internacionales, como el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, así como acogido por varias legislaciones internas, entre ellas la colombiana, en el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, que reglamentó la Constitución Ecológica, y por medio del cual se establece como regla que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente.

En tratándose del *periculum in mora* en materia ambiental, términos como “Amenaza inminente” significa que hay una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo; por lo que para una adecuada interpretación, “probabilidad suficiente” y “futuro próximo” deben vincularse a cada caso concreto, dependiendo de las particularidades del mismo.

En este orden de ideas, vemos como en relación con el daño ambiental la irreparabilidad y gravedad, concurren en casi la gran mayoría de los eventos, por lo que, se insiste, se debe

tener un especial cuidado cuando de protección de este derecho colectivo se trate, constituyendo esto la razón por la que se le debe dar mayor importancia a la promoción, ante todo de su conservación y prevención, y es ahí donde cobra relevancia la aplicación del principio de precaución ambiental, así como el decreto de medidas cautelares en estos asuntos, donde como se dijo, el requisito bajo estudio, debe ser mirado de manera distinta.

Es por ello, que en la medida que los perjuicios a la naturaleza y medio ambiente suelen ser irreparables, su valoración y estudio deben partir de la aplicación armónica con lo postulado por el principio de precaución, y en ese sentido no deberá exigirse certeza científica sobre el impacto ambiental o sobre el perjuicio causado o a causar, para adoptar medidas al respecto. Esto, implica, como ya se dijo, un cambio en la lógica jurídica como se maneja el tema probatorio en otras áreas del derecho.

1.3.2 Verosimilitud del Derecho o apariencia de buen derecho - *Fumus bonis iuris*. Este requisito que empezó a considerarse de manera expresa por la jurisprudencia de la comunidad europea en los años 1990, y condensado también en el principio general del derecho de que “la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón” (García de Enterría, 1995), implica que el demandante aporte un principio de prueba de que lo pretendido, se encuentra, al menos, en apariencia, fundado. Así lo ha reconocido también nuestra jurisprudencia constitucional, entre otras, en las sentencias C-490 de 2000, C-485 de 2003 y SU-913 de 2009, y se ha irradiado a las normativas legales que regulan dicho instituto jurídico, como se verá más adelante.

En efecto, se tiene dicho que no basta con que se presente o configure el perjuicio o urgencia en la protección del derecho, sino que también es necesario determinar o analizar lo pretendido

por el accionante o demandante, de cara al caso concreto y confrontarlo con el derecho en litigio, sin caer en prejuzgamiento, es decir, se trata por tanto de un análisis “provisional” de las diversas posiciones o tesis jurídicas existentes al interior del proceso donde se pretende la tutela cautelar.

A modo de ejemplo, en materia contencioso administrativa, como el decreto de la medida cautelar, es necesario que sea el resultado de un estudio anticipado y sumario de las posibilidades de éxito de las pretensiones, si se trata del ataque a través del medio de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, se examinará la legalidad del acto enjuiciado, y, también el estudio puede versar respecto de la titularidad del derecho en litigio.

Sobre este presupuesto, Calamandrei, (s.f., citado por Quiroga, 2011), no hizo un extenso pronunciamiento. No obstante, señaló en su obra:

Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar (Calamandrei, s.f., citado por Quiroga, 2011)

En este orden de ideas, tenemos que el juez al momento de estudiar la viabilidad del decreto de la medida cautelar, debe hacer una evaluación sobre una hipótesis o una apariencia del derecho, y no sobre el derecho mismo.

El grado de verdad que se requiere en este previo examen, es el de probabilidad, no el de certeza, lo cual, sin lugar a dudas garantiza la satisfacción del derecho fundamental de acceso

eficaz a la administración de justicia, sin que baste la simple manifestación del solicitante, como que se requiere prueba, sólo que esta tiene el carácter de sumaria.

Con razón se advierte (García, 1995, p. 175) que el juez al decidir la viabilidad o no de una solicitud de medida cautelar debe hacer una valoración *prima facie* de cada una de las posiciones o tesis enfrentadas en la *litis*, de forma tal que la otorgue sólo a quien tenga “apariencia de buen derecho”, en aras precisamente de evitar que la parte que tiene una posición injustamente manifiesta, no se beneficie, con la mora en el desarrollo del proceso.

En este orden de ideas, tenemos entonces que el fundamento de la medida cautelar no puede supeditarse a un conocimiento total y profundo del objeto en *litis* en el proceso, sino que corresponde a un examen sumario que busca un pronunciamiento de probabilidad en relación con el derecho en disputa.

Sobre el punto, el H Consejo de Estado, ha considerado que esta decisión, por expresa disposición legal, “no implica prejuzgamiento”, y en consecuencia, si bien supone un estudio preliminar, respecto de la legalidad del acto, en tratándose de cautela suspensiva o negativa, o bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo, en los otros medios de control, ello no implica decisión anticipada. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 2014-00360-00(1131-14), 2014)

Estos dos presupuestos mencionados, deben ser concurrentes, pues, que si no se acredita la vulnerabilidad del derecho del peticionante, demandante o accionante, de nada vale hacer un estudio sobre la existencia del peligro en la demora, lo cual significa que para la procedencia de la medida, necesariamente se deben interrelacionar los presupuestos referidos, lo cual es exigido en todos los ordenamientos sobre medidas cautelares.

Presupuestos, que han sido acogidos por los ordenamientos legales que han regulado lo concerniente con las medidas cautelares, dentro de ellos, la Ley 472 de 1998, en la cual también se previó para la procedencia del decreto de medidas cautelares dentro de una acción popular, la configuración de los presupuestos arriba señalados, teniendo eso sí como norte que el fin de la misma, es la efectiva protección del derecho colectivo, lo cual impone al juzgador una interpretación armónica de los hechos, frente a la realización del mencionado fin.

En efecto, aun cuando de manera expresa no se enuncian cada uno de ellos, de una lectura del articulado, se advierte como si fueron incorporados, así:

En lo concerniente con la “Apariencia de Buen Derecho”, en todo el texto de la ley en comento se insiste que a través de la acción popular se busca la protección de los derechos colectivos, y en el artículo 25 se establece que resulta procedente la medida cuando sea necesaria para prevenir un daño inminente, advirtiéndose que en este punto, y en atención a la especialidad del medio de control constitucional, se debe analizar la alta probabilidad de la prosperidad de la pretensión, que no es otra, se insiste, que la protección del interés colectivo en juego.

En relación con este aspecto, cobra especial relevancia la titularidad del derecho, como quiera que por tratarse precisamente de intereses o derechos colectivos, su titularidad o legitimación por activa, no está restringida como en otros medios de control, y en consecuencia, está legitimada cualquier persona, como se deduce de los artículos 12 y 24 ibídem, luego dicho examen cobra carácter especial y excepcional.

De otra parte, en lo relacionado con el Peligro en la Demora del proceso, se advierte como es precisamente el interés por prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere

causado a los derechos colectivos, el principal fundamento del decreto de las medidas cautelares. (Bravo Vesga, 2011).

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, como se ha dicho, ésta no sólo amplió el catálogo de medidas cautelares, sino que además incorporó como requisitos de las mismas, lo sostenido por el derecho comunitario, advirtiéndose que en torno a los presupuestos para su otorgamiento, hizo una distinción en tratándose de la medida de suspensión provisional y las otras previstas. Esto por cuanto, lo pretendido por el legislador siempre fue buscar que la suspensión provisional de los actos administrativos, resultara eficaz.

Así se colige de lo consignado en la Gaceta N. 951 de noviembre 23 de 2010, en el que se dejó claro que era necesario separar los requisitos exigidos para la medida de suspensión provisional, de los exigidos para las demás medidas, y al respecto se consignó:

(...) En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz.... Así mismo se varía la frase inicial del inciso segundo del citado artículo 231 para una mejor comprensión de la distinción entre las condiciones para que proceda la suspensión provisional de actos administrativos y los requisitos que se deben cumplir para la adopción de las demás medidas cautelares... (Gaceta N. 951 de noviembre 23 de 2010)

A partir de lo anterior, se tiene como de conformidad con lo previsto en el artículo 231 CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, procederá la medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos, siempre y cuando tal violación surja del análisis del

acto demandado y su conformidad con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Una vez decretada judicialmente la suspensión provisional, el acto anulado o suspendido no podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 237 del CPACA.

A su turno, cuando se ejercita el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se exige un requisito adicional, esto es, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los daños y perjuicios que se pretende, como lo señala el artículo 231 del CPACA.

En tratándose de la adopción de medidas cautelares, diversas de la suspensión provisional de los actos administrativos, resulta un hecho cierto que la Ley 1437 de 2011, acogió la tendencia de la Comunidad Europea, lo cual es reflejado en el contenido del artículo 231, donde se incluyeron los tres presupuestos, esto es, apariencia de buen derecho, peligro en la demora y ponderación.

En lo concerniente con el *fumus bonis iuris* aparece en los dos primeros numerales, al exigir: a) que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho, y b) que el demandante haya demostrado, así sea en forma sumaria, que es titular del derecho o derechos que están invocándose como fundamento de la medida.

En lo relacionado con el *periculum in mora*, se sostiene que el mismo se halla recogido en el numeral 4 del artículo 131, según el cual, la tutela cautelar se otorgará siempre que se dé en el caso concreto una de las dos siguientes circunstancias: i) que de no otorgarse la medida se genere

un perjuicio irremediable al accionante, o, ii) que existan serios motivos para considerar que en caso de negarse la medida, los efectos de la sentencia se harían nugatorios.

A partir del anterior análisis, se concluye como nuestro sistema jurídico legal no ha sido ajeno a los avances dados en derecho comunitario en medidas cautelares, advirtiéndose eso sí, que ello no se puede atribuir únicamente a la Ley 1437 de 2011, como que desde la Ley 472 de 1998, se acogieron los presupuestos bajo estudio, y que en tratándose de medios de control tendientes a proteger el goce de un ambiente sano, esta normatividad fue pródiga en brindar serias y eficaces herramientas para que en sede de tutela cautelar, se lograra tal objetivo, como que su decreto procedía de oficio o a petición de parte. No obstante, si se destaca como aporte último, la oportunidad de solicitar su decreto bajo la normativa prevista para la medida cautelar de urgencia, esto es, con anterioridad a la presentación de la demanda.

1.3.3 Ponderación de la medida. Una vez determinada la concurrencia de los requisitos anteriores, el juzgador debe analizar de una parte, las ventajas para el interés general y los inconvenientes para los derechos e intereses del demandante, que se derivarían de la hipotética negativa de la cautela reclamada, en caso de prosperar las pretensiones, y de otra parte, las ventajas para los derechos e intereses del demandante, e inconvenientes para el interés general, que se derivarían del otorgamiento de la medida, en caso que posteriormente, las pretensiones fueran denegadas.

En ese orden de ideas, sólo será procedente decretar la medida cautelar, si aparte de la concurrencia de los otros dos requisitos, al realizar el juicio de ponderación se determina que la gravedad de las posibles y probables consecuencias generadas por la denegación de la cautela, en caso de que en la sentencia se acceda a las pretensiones, resulta mayor que la gravedad o

intensidad de los posibles y probables efectos que se generarían al otorgar la medida cautelar, aun cuando posteriormente se deniegue lo pedido por el demandante. (Fajardo Gómez, s.f., p. 336 y 337).

En efecto, el análisis o valoración del *periculum* no puede hacerse de manera insular o únicamente de cara frente al interés público en relación con el interés privado del accionante, sino que además se debe tener en cuenta si con la medida o su negación se pueden afectar otros intereses, de modo que siempre será necesario ponderar todos los intereses en conflicto, lo cual es preciso armonizar frente al buen derecho o no del reclamante.

Frente a este presupuesto, resulta importante el aporte hecho desde el Análisis Económico del Derecho, en tanto y en cuanto al momento de decretar una medida cautelar se debe estimar el efecto que la verosimilitud tiene en los intereses económicos de las partes, vale decir, hacer un balance de daños para las dos partes, esto es, tanto el peligro para la parte demandante de sufrir daños por la no concesión de la medida cautelar, tanto como el peligro para la parte demandada con la ejecución de la medida. (Jiménez, s.f.)

El mencionado principio fue referido por el Juez, Richard Posner, quien propuso la siguiente fórmula para evaluar la procedencia de una medida cautelar:

$$P \times Ds > (1-P) \times Dd$$

P: La posibilidad de que la pretensión pueda ser declarada fundada (la verosimilitud o apariencia de buen derecho).

Ds: El daño estimado que sufriría el solicitante de la medida cautelar si no se concediera la medida.

Dd: El daño estimado que sufriría el demandado de dictarse la medida.

Según Jiménez (s.f.), la fórmula de Posner puede entenderse de esta manera: “si la probabilidad de que la pretensión sea declarada fundada multiplicada por el daño que sufriría el solicitante si no se concede la medida **es mayor** que la probabilidad de que la demanda sea declarada infundada multiplicada por el daño que sufriría el afectado por la medida cautelar, entonces corresponde dictar la cautelar”. (p.8)

Corolario de lo expuesto, ha de decirse que le corresponde a quien solicita la medida, persuadir al juez que la medida cautelar deprecada se basa en la apariencia de buen derecho, así como que la demora en proteger ese derecho acarrea un riesgo de alta probabilidad de concretarse el daño, y que la medida es razonable para garantizar la eficacia de lo pretendido.

La Corte Constitucional, en su línea jurisprudencial se ha pronunciado en torno a este presupuesto de las medidas cautelares, la cual debe ser tenida en cuenta, inicialmente por el legislador, al establecer el tipo de cautelas posibles en los procedimientos, y luego por el juez al momento de pronunciarse sobre su decreto o no, y concluye que se debe obrar cuidadosamente por cuanto estas medidas son impuestas a una persona, antes de ser vencida en juicio, en la medida que no sólo se deben tener en cuenta los criterios generales, sino que además se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso para determinar en últimas el tipo de medida a aplicar.

Sobre el punto se ha dicho:

De este modo, tanto el legislador como el juez, en el momento de ponderar la procedencia de las medidas cautelares, deben atender, no solo a los criterios que de manera general se predicen de todas ellas, sino también a la consideración del tipo de medida que resulta aplicable

en cada caso. Tal consideración comporta la realización de un juicio sobre proporcionalidad de la medida preventiva en relación con las limitaciones que la misma impone a los derechos del demandante y el tiempo previsible en que dichas limitaciones se mantendrán en vigencia, extremos, estos últimos, entre los cuales existe, en principio, una relación inversa; esto es, a mayor duración de la medida, menores niveles de afectación de los derechos del demandado resultan admisibles” (Corte Constitucional, C-490, 2000 y C-039, 2004)

Así mismo, se insiste que si bien el decreto de medidas cautelares antes de que exista certeza jurídica sobre la existencia de la obligación pretendida o certeza sobre la titularidad del derecho reclamado no vulnera el derecho al debido proceso en relación con el demandado, también lo es que en la adopción de esa clase de medidas deben mediar ciertas garantías que aseguren su proporcionalidad y razonabilidad. (Corte Constitucional, C-485, 2003)

Por modo y manera que al momento de evaluarse la solicitud de medida cautelar, corresponde al juez hacer un análisis y valoración de cada uno de los presupuestos mencionados, de cara a las pruebas allegadas por la parte actora, advirtiéndose, que no basta la presencia de uno sólo de ellos, sino que como se ha visto, es necesario la concurrencia del peligro en la demora y la apariencia de buen derecho, así como de la correspondiente ponderación de uno y otro frente a los intereses en conflicto.

Trasladando este presupuesto a los regímenes legales existentes, vemos como también se incluyó desde la ley 472 de 1998, advirtiéndose que el momento de su valoración se determinó se hiciera con posterioridad al decreto de la medida, esto es, cuando el demandado presente la oposición a la misma. Así se deduce del contenido del artículo 26 de la Ley 472 de 1998, según el cual la defensa del demandado, sólo puede fundamentarse en los eventos previstos en la

norma, esto es: i) para evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; ii) para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, y, iii) para evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

No obstante, ello no significa que al momento del decreto de la medida se obvie dicho estudio, como que precisamente al determinar la medida eficaz para la protección del derecho colectivo en juego, se debe hacer un juicio de proporcionalidad y razonabilidad, que le impone una carga argumentativa al fallador, dentro de la cual, obviamente se debe analizar la viabilidad de la medida de cara a evitar mayores perjuicios al derecho colectivo que se busca proteger, como al interés público, pues que no se puede olvidar que los recursos que se interponen contra el auto que decreta la medida, se conceden en el efecto devolutivo, lo cual conlleva el cumplimiento inmediato de la orden cautelar, por lo que no resulta acorde con la proporcionalidad, que tal estudio, sólo se aborde, frente a la oposición del demandado, pues que precisamente se busca la protección de interés colectivos.

En efecto, no se puede desconocer como al decretar una medida cautelar, la mayoría de las veces, se está limitando el ejercicio de un derecho o actividad al demandado, y es por ello que en su decreto, se debe observar el principio de proporcionalidad, el cual precisamente apunta a la prohibición de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de todos los poderes públicos, incluido el judicial, por cuanto se trata de un principio destinado a proteger los derechos y las libertades. Su origen se remonta al derecho alemán, y ha sido ampliamente estudiado por la H Corte Constitucional, destacándose dentro de sus presupuestos: i) la búsqueda de una finalidad legítima; ii) ser adecuada o idónea para la consecución de ese objetivo; iii) ser necesaria, y de existir varias alternativas de intervención, escoger la menos invasiva; y, iv) ser proporcional en

sentido estricto, esto es, la gravedad de la intervención debe ser adecuada al objetivo. Conlleva una ponderación entre el interés del demandado y el interés público, por lo que se deben tener en cuenta las situaciones particulares de cada caso.(Corte Constitucional, C-02, 1996). Así mismo, se tiene que se deben comparar los costos y los beneficios de la imposición de la medida, advirtiéndose que ésta se acomodará a los postulados constitucionales, cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr (Corte Constitucional, C-258, 2013).

Exigencia de la ponderación entre los intereses en conflicto que también se recogió en la Ley 1437 de 2011, en el numeral 3 del artículo en comento, según el cual es necesario para que se acceda a la protección cautelar, que el demandante haya aportado los argumentos, las informaciones, los documentos y las justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación, que sería mucho más gravoso para el interés público general negar la medida que concederla. El estudio y valoración de este presupuesto autoriza al juzgador para que tenga en cuenta aspectos diferentes a la legalidad de la actuación, pues que se requiere un juicioso análisis de la afectación que para el interés público implica no decretar la medida solicitada, lo cual le permite ahondar en los efectos prácticos de la decisión. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Radicado 2014-00054-00 (21025), 2015)

Análisis previo que nos parece acertado, por cuanto en relación con esta exigencia, si se mira desde la óptica como fue prevista por el legislador, fácil se concluye que lo descrito en la Ley 1437 de 2011, en verdad consulta la finalidad de la aplicación del presupuesto en comento, por eso, en protección de derechos colectivos, aun cuando el fallador decida aplicar en medidas cautelares lo previsto por la Ley 472 de 1998, debe tener claridad que en relación con la ponderación de intereses, debe proceder a ello desde el decreto de la medida, teniendo en cuenta todos los aspectos que de una u otra forma se deriven de la decisión, esto es, los efectos

prácticos, y siempre con miras a determinar lo que resulta menos gravoso para el interés colectivo.

De otra parte, se advierte que de acuerdo con el artículo 231 del C.P.A.C.A., el carácter de justicia rogada, se mantiene en la medida cautelar, en la medida que el actor tiene el deber de suministrar al juez los elementos probatorios y argumentativos necesarios para decidir sobre la prosperidad de la medida. No obstante, como quiera que en medio de control de populares la decisión puede ser de oficio, nada impide al juez la práctica de pruebas tendientes a la verificación sumaria de la presunta vulneración.

En atención al carácter provisional de la medida cautelar, que es precisamente una de sus características (Corte Constitucional, C-431, 1995), en tanto que sus efectos, o bien se prolongan hasta la tutela definitiva, o hasta la providencia que ordene su levantamiento, como que incluso pueden ser modificadas para asegurar mejor la protección del derecho en Litis, se contemplaron las figuras de levantamiento, modificación y revocatoria de la misma. En relación con la mutabilidad de la medida, se ha considerado que puede verse afectada por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual permite modificar la medida en atención de las variaciones que sufran las circunstancias que justificaron su adopción.

Sobre el punto, la doctrina siempre ha coincidido que esta es una de las características más representativas y por ello en muchos ordenamientos se les denomina medidas provisionales, no sólo por su eficacia temporal limitada, sino principalmente, porque mientras su vigencia, suple la resolución o decisión judicial definitiva, que aún no se ha dictado. (De la Sierra, 2004, p. 56)

De acuerdo con la normativa, tenemos que el levantamiento procede a solicitud del demandado o afectado con la medida, y previo el pago de una caución a satisfacción del Juez o

Magistrado Ponente, en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

Igualmente, se ha previsto que la medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución.

De donde se infiere que este artículo recoge el fin último de la medida, la real protección del derecho, y por ello, prevé la posibilidad de tomar todas las medidas necesarias para su cumplimiento, sin supeditarlo a una sola etapa procesal o a una decisión inmodificable, y a su turno impone al juzgador la responsabilidad sobre el control de la medida, a efectos de establecer su efectividad.

Del estudio anterior se concluye como los actuales estatutos legales de medidas cautelares señalan con precisión y claridad cada uno de los presupuestos que se requieren para el decreto de una de estas, por lo que corresponde, como se dijo, en primer lugar, al demandante demostrar al juzgador la configuración de dichos presupuestos, advirtiéndose que en lo concerniente con aquellos medios de control donde se pueden decretar de oficio, también compete al funcionario judicial, estar atento a cada uno de los fundamentos fácticos de la demanda y a la prueba que al proceso se va incorporando, a fin de determinar en qué momento resulta viable el amparo cautelar, máxime que tal potestad cobija precisamente la protección de derechos e intereses colectivos, entre ellos, el goce de un ambiente sano, el que hoy más que nunca reclama protección de todos los habitantes del planeta, motivo por el cual, es que el análisis de dichos presupuestos, cobra especial relevancia en estos asuntos, donde como se ha mencionado, y se

verá con mayor detenimiento en el capítulo siguiente, por la connotación especial del perjuicio y daño ambiental, se debe flexibilizar el tema probatorio, resultando viable en un momento dado, soportar dichas medidas en lo postulado por principios del derecho ambiental, dentro de los cuales se encuentra el de Precaución.

En este sentido, se abordará a continuación el estudio del principio de Precaución Ambiental, como fundamento de la tutela cautelar en los medios de control a través de los cuales se busca la protección del goce de un ambiente sano.

2. Principio de Precaución Ambiental y goce de un Ambiente Sano

2.1 Principio de precaución ambiental

De acuerdo con lo visto en el capítulo anterior, resulta un hecho cierto que nuestra legislación se ha ido acompasando con los avances que en medidas cautelares, se ha hecho en otros países, advirtiéndose que en el tema objeto de investigación, como es la protección y goce de un ambiente sano, ya la Ley 472 de 1998 por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, había hecho una aproximación bastante amplia y garantista para hacer realidad la tutela judicial efectiva en relación con este derecho colectivo.

La preocupación actual a nivel mundial, no sólo de los gobernantes, sino de cada uno de los gobernados, es la lenta y progresiva destrucción del medio ambiente, la cual no podemos catalogar, de intempestiva y fortuita, sino que por el contrario, era una calamidad que desde años luz, estaba haciendo su anuncio, motivo por el cual, se generó la necesidad de crear mecanismos o medidas de tipo administrativo y jurisdiccional que garantizaran de manera efectiva su protección, o al menos, evitarán su veloz destrucción.

En efecto, aproximadamente a partir de la década de los años 60, empezaron a surgir movimientos preocupados por la protección del medio ambiente y algunos ambientalistas lo identifican con cinco elementos: i) la revolución industrial; ii) Segunda guerra mundial; iii) migración masiva de personas hacia los grandes centros urbanos. iv) crecimiento exponencial de la población mundial, y, v) la lucha por la reivindicación de los derechos civiles de los

afrocolombianos, minorías económicas y raciales y de las mujeres (Harrin, Stone y Rose, 2009, p. 40-41).

Es a partir de esa preocupación mundial, que los Representantes de los distintos Estados buscaron mecanismos para lograr mitigar y frenar los serios impactos ambientales que la tecnología, conducta humana y avances en diferentes áreas del saber han acarreado, y producto del cual surgió en el Derecho Internacional Ambiental (DÍA) los diferentes principios que hoy se conocen y que guían esta área del derecho, como el de Cooperación Internacional, Prevención del Daño Ambiental Transfronterizo, Responsabilidad y Reparación del daño ambiental, Participación Ciudadana, advirtiéndose que el principio de precaución, se considera derivado del de prevención (Rojas, 2004, p. 143 y ss.).

Se entiende por principios del DÍA aquellos de contenido jurídico consagrados en declaraciones, convenciones y resoluciones ambientales producidas en el seno de las Naciones Unidas (Jiménez, 2003, p. 9), y respecto de los cuales no se puede predicar con total certeza su carácter vinculante, toda vez que el mismo depende de varios factores, entre ellos el del instrumento en el cual se consagra, esto es, si se trata de convención o declaración, atribuyéndole la doctrina carácter vinculante a los primeros, en tanto que en relación con los contenidos en declaraciones, su obligatoriedad para los Estados depende de la fuerza e importancia que tenga ésta, por lo que se ha concluido que en tratándose de los principios del DÍA, puede considerarse, independiente del instrumento donde se consigne, como una regla general que inspira la adopción de las normas jurídicas internacionales en materia ambiental, así como en el plano local y que a su turno suplan los vacíos o lagunas por insuficiencia del ordenamiento (Rojas, 2004, p. 142 y 143).

Adentrándonos con el término Principio de Precaución Ambiental, su definición se torna compleja, por ser uno de los conceptos más flexibles a nivel internacional en las regulaciones de derecho, adquiriendo significados con diferentes matices y alcances, al igual que lo acontecido con sus variados mecanismos de aplicación y operatividad.

Es por ello que se hace necesario partir de su evolución y comparación con el despliegue que ha tenido el mismo en el ámbito internacional, tanto del DÍA, así como en las áreas, respecto de las cuales ha emanado su esencia.

Desde la perspectiva de la ética ambiental, este principio se podría explicar con base en la máxima ética “Más vale prevenir que curar” (Riechmann,. 2002, p.85), y en el contexto filosófico, la idea de precaución proviene de la “Teoría de la Ética de la Responsabilidad” de Hans Jonas, quien en su discurso incorpora lo concerniente con la valoración de las consecuencias y de los derechos de las generaciones futuras, y deja entrever su preocupación por lo que él llama la “vulnerabilidad de la naturaleza, frente al creciente dominio y uso de la técnica por el hombre”, y considera que el hombre es responsable de las injerencias que su acción técnica hace en la naturaleza, y por tanto la investigación teórica y los avances tecnológicos deben ajustarse a los imperativos éticos que ordenan respeto, a todas las formas de vida, como la dignidad de las personas y la salvaguarda y protección del planeta y sus recursos naturales (Arcas, 2007, p. 153)

A este autor se le atribuye el imperativo “actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de la vida humana auténtica sobre la tierra” (Casais, 2005, p. 29).

De otra parte, y ya desde el punto de vista jurídico, hay quienes consideran que este principio se origina en el principio alemán “*vorsorge*” o “*vorsorgerprinzip*” o previsión, el cual en su

primigenia concepción descansaba en la creencia de que la sociedad debe esforzarse en evitar el daño ambiental mediante una cuidadosa planificación de las acciones futuras, paralizando el flujo de actividades potencialmente dañinas (Tickner y Raffernsperger, 1999, p. 3), y a comienzos de los años 70 se transformó en un principio fundamental de la legislación ambiental alemana. Así mismo, se afirma que también se remonta a la jurisprudencia administrativa de Norteamérica, donde la Corte del Distrito de Columbia, en el año 1972 acogió la regla, según la cual, la incertidumbre acerca de un riesgo no impedía la acción regulatoria, y con base en dicha regla se determinó que la Agencia de Protección Ambiental EPA, no había incurrido en un acto arbitrario o caprichoso al regular los aditivos de plomo, aun cuando no se hubiese probado con certeza que estos ponían en peligro la salud pública. (Corte Constitucional. T-236-2017).

De lo anterior se colige, que desde su primigenia concepción, el Principio de Precaución Ambiental, siempre ha descansado sobre la base de la incertidumbre o falta de certeza sobre el peligro de daño grave o irreversible, ya sea al medio ambiente, o a la salud humana, constituyéndose dicha característica en la que lo identifica en el mundo jurídico, y permite diferenciarlo del Principio de Prevención, como se verá en líneas siguientes.

2.1.1 Regulación por el Derecho Internacional Ambiental

A. Naciones Unidas

Como se dijo anteriormente, los principios del DÍA, son precisamente aquellos consagrados en algunos de los instrumentos de las Naciones Unidas, y en relación con el principio de precaución se formuló o enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano realizada en Estocolmo en el año 1972, en la cual se planteó la problemática ambiental. Su importancia radica en que fue la primera Conferencia que realizó la

ONU sobre cuestiones ambientales desde el punto de vista internacional, y por tanto se convirtió en marco de referencia para el desarrollo de la política internacional del medio ambiente.

En dicha Conferencia, se acordó una declaración de siete puntos, y una Resolución de 26 principios. Dentro de los siete puntos, el contenido en el numeral sexto, es el que marca la pauta para empezar a hablar a nivel global del principio de precaución ambiental. Al respecto, se expuso:

6. Hemos llegado a un momento en la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre. Las perspectivas de elevar la calidad del medio y de crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez, serenidad de ánimo; trabajo afanoso, pero sistemático. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio mejor. La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas (ONU, 1972)

Es por ello que se coincide en afirmar que después de 1972, año en el que se celebró en Estocolmo la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, la problemática ambiental entró al debate internacional. Por tanto, la conferencia de Estocolmo es considerada como el origen del Derecho internacional Ambiental y donde por primera vez se habló de la importancia de valorar anticipadamente las consecuencias dañinas que se puedan generar al medio ambiente y la necesidad de tomar acciones prudentes y encaminadas a su protección.

Como se dijo anteriormente, la doctrina también resalta la incorporación que en los años setenta se hizo en la legislación ambiental germano-occidental del (*vorsorgeprinzip*) (Riechmann, 2000, p. 168).

Posteriormente este principio fue abordado en la Primera y Segunda Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte realizadas en 1984 y 1987, donde se acordó que debía actuarse preventivamente “cuando haya razones para suponer que es probable que tales sustancias causen daño a los recursos vivientes del mar, incluso si falta la prueba científica de un nexo causal entre emisiones y efectos”, y ya en la Tercera Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte llevada a cabo en 1990, se dijo de manera puntual que los participantes

...continuarían aplicando el principio de precaución, realizando acciones para impedir los impactos potencialmente dañinos de sustancias que son persistentes, tóxicos y susceptibles de biocamuflarse, aun cuando no haya evidencia científica que pruebe el vínculo causal entre las emisiones y los efectos (ONU, 1990)

El año 1992, es sin lugar a dudas uno de los más importantes para la consolidación en el DÍA del Principio de Precaución.

En efecto, en la Convención Marco sobre Cambio Climático, realizada en New York en mayo 9 de 1992, en su artículo 3 se recogieron varios principios, y en el numeral 3 se habla de la toma de medidas de precaución para prevenir o reducir las causas del cambio climático y sus efectos:

ARTICULO 3o. PRINCIPIOS. Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: “(...) 3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas (ONU, 1992)

I) Convención de Rio

Es esta sin lugar a dudas, el punto de partida clave en la génesis de este instituto jurídico propio del derecho ambiental. En Junio 3 al 14 de 1992, se realizó en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, más conocida como

“Cumbre de la Tierra de Río”. La importancia de esta Conferencia radica en el hecho, i) que en ella se dieron a conocer tres tratados internacionales: La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica y la Convención de Lucha contra la Desertificación, las cuales se conocen desde entonces como Convenciones de Río, y además, ii) se adoptó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

Dentro de los compromisos globales que se adoptaron en esta Cumbre, están:

Presionar a los gobiernos locales, regionales y nacionales para que establezcan mecanismos legales, financieros y de control que garanticen: (a) la responsabilidad de los productores de residuos con respecto a los efectos de tales residuos sobre el medio ambiente y los seres vivos; (b) la estricta prohibición de la importación y exportación de residuos; (c) la prohibición de construir y usar incineradores y tecnologías similares que sólo cambian el estado físico de los residuos; (d) la educación de los transportadores de residuos y el riguroso otorgamiento de permisos para tal actividad (ONU, 1992)

En esta Conferencia, se reafirmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, aprobada en Estocolmo en 1972, y se formularon 27 principios básicos sobre desarrollo sostenible, dignidad humana, medio ambiente y las obligaciones de los Estados en materia de preservación de los derechos ambientales de los seres humanos.

En efecto, el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro en 1992, estableció:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (ONU, 1992).

Entendiéndose ésta como la definición del principio de precaución con la que se erige su ingreso formal en la esfera internacional, en la medida que si bien no es aquel un tratado vinculante, es a raíz de dicha advertencia, que los Estados acogieron medidas tendientes a evitar o disminuir las amenazas o peligros al medio ambiente y adoptaron documentos, actos y decisiones encaminadas a velar por su protección, aún ante la carencia de pruebas científicas que brinden certeza respecto del posible daño que podría ocasionarse al medio ambiente.

Lo anterior, por cuanto como se dijo al hablar de los Principios del DÍA, actualmente en esta área del derecho, existen actos jurídicos llamados Soft Law, entendidos como el conjunto de instrumentos que en principio, carecen de fuerza vinculante normativa, pues, no han sido creados u adoptados por el órgano legislativo, pero que no obstante, si son orientadores de la facultad legislativa de los Estados a quienes vincula, o quienes los acepten, como que su descripción corresponde a la de normas generales o principios, nunca a la de las reglas, constituyéndose ello en la razón por la cual los principios consagrados en la Declaración de Río se convirtieron en orientadores de la política ambiental de la gran mayoría de los Estados, quienes en aras de mitigar la omisión del deber de proteger los recursos ambientales, que se estaban afectando con las variadas actividades desplegadas por el hombre a nivel personal o institucional, acogieron en

sus legislaciones postulados con los que dejaban en evidencia el interés por ejercer acciones preventivas del daño.

En efecto, estos instrumentos se caracterizan, por ser documentos que reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional, por lo que a través de los mismos se busca promover acciones en materias de interés general en temas relativamente nuevos para la comunidad internacional, en los cuales es difícil llegar a un acuerdo general con carácter obligatorio para los Estados, y como no impone obligaciones internacionales, sin que por ello se pueda predicar que carecen de todo efecto jurídico, pues, generan expectativas de comportamiento y están regidos por el principio de la buena fe (Toro Huerta, 2006).

Con base en lo anterior, la Declaración de Río, actualmente está considerada como uno de los documentos del llamado Soft Law, al definir el Principio de Precaución y la necesidad de su incorporación en el Derecho Ambiental a nivel global, quedando así de forma expresa el compromiso político de los Estados que la aprobaron y como parámetro de interpretación de otras normas vinculantes y sirviendo de guía para la adopción de legislaciones nacionales, que en el caso colombiano se materializó a través de la Ley 99 de 1993, con la que se incorporaron en la legislación los principios allí descritos:

ARTICULO 10. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Ley 99, 1993)

El tema de la naturaleza jurídica de la declaración de Río y su carácter vinculante en nuestro país, fue desarrollado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-528 de 1994, a través de la cual se refirió a la remisión que hace el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, a la Declaración de Río, y concluyó que si bien la misma no había sido incorporada ni aprobada por una Ley, si tenía vigor o valor jurídico:

La declaración a la que se hace referencia no es un instrumento internacional, ni es un documento que está abierto a la adhesión de los Estados o de los organismos internacionales o supranacionales, con el carácter de un instrumento internacional con fuerza vinculante; es una declaración producida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la que se proclaman los mencionados principios (Corte Constitucional, C-528, 1994)

Ahora bien, la Corte Constitucional señala que aunque no es posible predicarse frente a dicha Declaración el carácter vinculante que sí tienen los Tratados, ello no es óbice para que no se creen políticas y/o se apliquen interpretaciones, para que las autoridades hagan uso de los principios de aquella en sus actuaciones. Concretamente agrega la mencionada Sentencia:

(...) a los que se refiere la disposición acusada no son constitucionales o generales, ni fundamentadores del ordenamiento jurídico político, como podría entenderse inicialmente y como lo da a entender el demandante al equipararlos al preámbulo de la Constitución; ni sirven para condicionar toda la organización del Estado, ni se predicán de todo el ordenamiento jurídico, sino que operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios

encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la ley que establece. ... estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica (Corte Constitucional, C-528, 1994)

Pronunciamiento reiterado en la sentencia C-671 de 2001, en la que se revisó la Ley 618 de 2000, en la cual se resaltó la importancia de aplicar los principios desarrollados en el derecho internacional para adelantar la protección del medio ambiente y consideró que la obligación de acudir a tales principios atiende el mandato contenido en el artículo 226 de la Constitución, según el cual es deber del Estado promover la internacionalización de las relaciones ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, por lo que enfatiza en la importancia de los diversos instrumentos internacionales para la protección del medio ambiente.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que a la Convención de Río no se le puede negar la importancia que ha tenido, tanto en la Agenda Internacional, como en las locales, y prueba de ello es que con posterioridad a su promulgación, tanto en instrumentos internacionales, como en leyes nacionales, se ha hecho remisión a lo previsto en el mencionado Principio 15.

En efecto, en el año 2000, se adoptó el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica, hecho en Montreal el 29 de enero de 2000, que dispone en su Artículo 1 el siguiente objetivo:

De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo

es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos (Protocolo de Cartagena, 2000)

Y en el artículo 11 “Procedimiento para organismos vivos modificados destinados para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento”, numeral 8, en relación con la aplicación del principio de precaución se expuso:

8. El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información y conocimientos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación de ese organismo vivo modificado destinado para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento (Protocolo de Cartagena, 2000)

Y a nivel local, como ya se dijo y se profundizará más adelante, se recogió lo propio en la Ley 99 de 1993, por lo que este instrumento internacional, se ha convertido en orientador de la política ambiental a nivel global. Así, tanto el documento de la Cumbre de la Tierra (1992) como

su continuación en la Cumbre de Johannesburgo realizada en el 2002, constituyen los fundamentos de la nueva agenda ambiental a nivel mundial. La importancia de ambas radica en que por primera vez los gobiernos expresaron su preocupación por el tema de los residuos contaminantes en las energías convencionales y el desarrollo de fuentes alternativas de energía (ONU, 2011).

De otra parte, en lo concerniente con Estados Unidos, se afirma que el primer esfuerzo importante realizado para introducir en su legislación el principio de precaución en la toma de decisiones sobre medio ambiente, corresponde con la Conferencia de Wingspread, realizada en Racine, Wisconsin en enero de 1998, donde los participantes analizaron los métodos de implementación del referido principio precautorio, así como las barreras que impedían su implementación. (Tickner y Myers, 1999, p. 4)

En dicha conferencia en relación con el principio de precaución se dijo: “Cuando una actividad representa una amenaza para la salud humana o para el medioambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no hayan sido totalmente determinadas de manera científica”. (Conferencia de Wingspread, 98)

De acuerdo con el anterior recuento de instrumentos donde se ha incluido el principio de precaución ambiental, es por lo que sin lugar a dudas se le otorga a la Convención de Río, la importancia en relación con este Principio del DÍA, del cual siguiendo los lineamientos previstos en dicha Convención, podemos decir que involucra la participación de todos los sectores sociales en las decisiones que puedan afectar su entorno, pues de la lectura de los principios 5, 7, 20, 21, 22 y 27 de la referida Convención, se advierte cómo se busca promover el cuidado y preservación del medio ambiente por parte de las personas, los Estados, ciertos grupos, poblaciones indígenas y las comunidades locales, en decisiones relacionadas con el desarrollo

sostenible e incluso en caso de que se vislumbren daños ambientales que puedan traspasar las fronteras, pues de acuerdo al principio 2:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Convención de Río 1992)

Con fundamento en el anterior análisis, se concluye que este instrumento jurídico fue decisivo para la incorporación del principio de precaución ambiental en el DÍA, y aun cuando no como se hubiese querido, si ha existido un compromiso de los Estados por adoptarlo en su legislación local, así como a nivel global, se ha ido insistiendo sobre su desarrollo y aplicación.

Ahora bien, en lo concerniente con las definiciones del Principio de Precaución Ambiental descritas anteriormente, con posterioridad se ha considerado, que la del Principio 15 de la Declaración de Río, es de aquellas versiones débiles del referido Principio, por cuanto, de una parte cualifica el umbral del riesgo al exigir “peligro de daño grave o irreversible”, y además incorpora el requisito de eficacia en función de los costos en la adopción de las medidas, sin establecer inversión en la carga de la prueba, lo cual dificultaría su aplicación. A su turno, se ha sostenido, que la efectuada en la Declaración de Wingspread en 1998 por un grupo de ambientalistas en Estados Unidos, es una definición “fuerte” en la medida que no solo permite, sino que exige la adopción de medidas frente a cualquier situación de amenaza para la salud

humana o el medio ambiente, sin exigir peligro de daño grave o irreversible, y además no establece ninguna limitante a las medidas a adoptar y recomienda la inversión de la carga de la prueba, al disponer que los proponentes de una actividad, deben ser quienes asuman la responsabilidad de la prueba. (Corte Constitucional, sentencia T-236, 2017).

La distinción entre estas dos clases de versiones “débiles” y “fuertes” del Principio de Precaución Ambiental, ha conllevado a considerar que siguiendo lo establecido en las definiciones fuertes, dicho principio se tornaría inviable en la práctica, por ignorar que el riesgo es connatural con la condición humana, y por tanto una decisión regulatoria tendiente a eliminarlo, puede a su turno, crear otros riesgos, y por ello, algunos de sus críticos, sostienen que concebido de esta forma el Principio de Precaución Ambiental, se convierte en un principio de paralización de la toma de decisiones regulatorias.

Al respecto, nótese como para algunos autores, este principio puede resultar incoherente y paralizador. Incoherente, en la medida que la regulación que es propia del principio, siempre puede dar lugar a riesgos propios, y paralizador, porque la regulación que impone puede privar a la sociedad de importantes beneficios. (Sunstein, Cass, S. 2009. Pág. 25-52). Ello, en atención a que dicho principio ha servido como orientador de la política regulatoria, en la medida que ha orientado a las entidades o agencias reguladoras de diferentes países, para justificar decisiones y guiar evaluaciones empíricas sobre los riesgos de las actividades humanas sujetas a regulación. No obstante, para el mencionado autor, el principio de precaución ambiental, pese a sus debilidades, puede funcionar, y considera que frente a riesgos particulares, deben tenerse en cuenta cuatro factores: i) el nivel de incertidumbre que provoca una respuesta regulatoria; ii) la magnitud del daño anticipado que justifica tal respuesta; iii) las herramientas que se elegirán

cuando se aplique el principio; y, iv) el margen de seguridad que se aplica frente a la duda.(et al pág. 166)

Por modo y manera, que se concluye que no ha sido pacífica por parte de la doctrina, la aceptación del principio en comento, sobre todo en su versión fuerte, y es por ello que se requiere que por parte de los Tribunales, se haga una modulación sobre las condiciones de aplicación del mismo, en aras de evitar arbitrariedades. Así mismo, debe tenerse siempre en cuenta la actividad respecto de la cual se pretende hacer la regulación, para determinar puntualmente las medidas que se deben adoptar, sin desnaturalizar nunca lo que en últimas postula dicho principio.

2.1.2 Regulación en el Derecho Colombiano. Como bien se ha enunciado, podemos decir que Colombia, no ha sido ajena a lo establecido por el DÍA en cuanto a la adopción de medidas tendientes a evitar la rápida y basta degradación del medio ambiente, y por ello, incluso con anterioridad a la Constitución Política de 1991, se previeron acciones legislativas.

A. En vigencia de la Constitución de 1886

A través de la Ley 23 de 1973, el Congreso de la República avoca la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano (1972), con la que se hizo un llamado a todos los líderes, gobernantes de los Estados a nivel mundial, tendiente a estructurar la defensa y protección del medio ambiente, estableciendo principios, que reconocen el derecho al ambiente, y otorgó facultades al Presidente de la República para a Expedición del Código de Recursos Naturales Renovables. Fue así como la legislación Colombia, entre otros aspectos importantes señaló:

...el aire, el agua y el suelo se consideran bienes contaminables (art.3), [y a su vez reconoció] la responsabilidad civil de los particulares por los daños ocasionados a los recursos naturales, sean bienes particulares o bienes del Estado, por acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales (Ley 23, 1973, art.16)

Posteriormente, se expidió El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y no Renovables y de Protección al Medio Ambiente, mediante el Decreto 2811 de 1974, donde establece que el manejo del medio ambiente es de utilidad pública e interés social resaltando que:

...El Estado como los particulares deben participar en la preservación y manejo del ambiente que es de utilidad pública e interés social (art.1). Limitó la propiedad privada de los recursos naturales renovables pues esta debe ejercerse como función social con las limitaciones que la constitución y las leyes establezcan en dicha materia (Decreto 2811, 1974, art. 43)

La expedición de este Código, constituyó un paso importante en la legislación nacional hacía la implementación de una política ambiental, pues, de acuerdo con lo previsto en su artículo 1, el principal objetivo se centraba en “prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional”. (Decreto 2811 de 1974)

B. Constitución Política de 1991 y derecho al goce de un ambiente sano

Para el año 1991, en virtud de lo dispuesto por el DÍA, ya se había tomado conciencia de la preocupación mundial por consagrar mecanismos efectivos para la protección del medio ambiente y la imperiosa necesidad de garantizar un modelo sostenible de desarrollo, por lo que en la Carta Política no sólo se consagraron una serie de principios rectores en pro de la defensa del medio ambiente, sino que además, bajo la definición de Estado Social de Derecho, se establecieron derechos y deberes, que buscaban o buscan alcanzar los fines mencionados, y además garantizan la dignidad humana, al permitirle al hombre, vivir dentro de un medio ambiente apto para desarrollar su existencia en condiciones dignas, reconociendo la responsabilidad tanto del Estado como de los particulares en la defensa y promoción de los recursos naturales.

Se reconoció la propiedad privada, pero se estableció una función social de la misma, agregando el derecho a un ambiente sano, lo cual implica que los daños causados a este deberán ser reparados para la protección de las comunidades y en especial, a las étnicas, a fin de que se promocióne su integridad cultural y social.

En efecto, en el artículo 80 de la Constitución Política, se encarga al Estado de la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución, y además, se le encarga de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Al respecto, nótese que como lo ha sostenido la H Corte Constitucional en sentencia C-703 de 2010, la acción preventiva en materia ambiental tiene diferentes manifestaciones, por lo que su puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los cuales se encuentran los de prevención y precaución, los que

indiscutiblemente deben ser orientadores de todas las políticas públicas y económicas que involucren el medio ambiente, por lo que se deben observar por parte de todas las autoridades, administrativas, judiciales y legislativas al momento de adoptar decisiones que lo involucren, teniendo como norte siempre la protección de los recursos naturales, sin que resulten admisibles la toma de decisiones improvisadas u orientadas únicamente al aumento del desarrollo tecnológico o económico.

En vigencia de la Constitución de 1991, se proclamó la Ley 70 de 1993, ley estatutaria por cuanto desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política que rezaba en el siguiente sentido:

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. (Constitución Política, 91, art. 55 transitorio).

Esta Ley entró a regular el fenómeno de la ocupación de las tierras baldías por parte de las comunidades negras en la Cuenca del Pacífico, y en la misma se estipula el respeto de las prácticas, tradiciones y costumbres de este grupo colectivo, a partir de la protección de sus derechos fundamentales y el fomento de un proceso de desarrollo económico y social que amplíe las oportunidades en igualdad de condiciones. El tema de la propiedad colectiva de las comunidades negras y los mecanismos para la protección de la identidad cultural, fue

desarrollado en esta Ley, y se estipuló que las empresas privadas que realicen inversiones en territorios que afecten a las comunidades negras “deberán respetar el ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la Nación”. (Ley 70 de 1993)

No obstante, y de acuerdo a lo previsto en la Convención de Rio, especialmente en el Principio 2, se advirtió la necesidad de establecer una entidad que se encargara de velar por la conservación y gestión del derecho al ambiente, y que además, impartiera políticas en nombre del Estado, por lo que a través de la Ley 99 de 1993, se crea el Ministerio del Medio Ambiente y se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente, puesto que se tomó conciencia que “la función de velar por la protección y conservación del medio ambiente se encuentra en cabeza del Estado” (Proyecto de Ley 99 de 1993). Así mismo, se dispuso la creación de las Corporaciones Autónomas Regionales, a quienes se dotó de competencia para tomar medidas ante situaciones riesgosas. De esta manera, encontramos que con la emisión de esta normativa se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental, SINA, entre otras.

Esta ley unifica la política ambiental del Estado, pretende evitar la duplicidad de funciones y recursos, y busca velar por la efectiva protección y conservación del medio ambiente. En ella también se incorporan los principios generales del medio ambiente establecidos en el DÍA, y se establece una normatividad que regula la forma de exploración y explotación de los recursos naturales, conforme al principio de precaución contenido en el artículo 1º de la Ley tratada, el cual implica: “...que cuando exista un peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. (Ley 99 de 1993)

Este principio, como se dijo anteriormente y siguiendo la línea expuesta en la Convención de Río, rige tanto para particulares como para autoridades estatales.

En efecto, en lo concerniente con la inclusión expresa del Principio de Precaución Ambiental, se tiene que es en el mismo artículo 1 de la Ley 99 de 1993, en su numeral 6, donde se incluyó expresamente el “Principio de Precaución Ambiental”, otorgándole carácter vinculante siempre que se vaya a adoptar cualquier decisión por parte de las autoridades ambientales en materia ambiental o que lo afecte. (Agudelo y Huerta, 2011, p.13)

Otra de las bondades de la Ley 99 de 1993, es la concerniente a que fue la que reguló el tema de expedición de las licencias ambientales, entendida como la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada, y señaló en qué casos se requiere, la cual será de carácter obligatorio para toda actividad de exploración y explotación de recursos naturales (art. 49-62). Así mismo, a través de dicha Ley se creó, como ya dijimos el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos, quienes tienen el carácter de autoridades ambientales, junto a algunos municipios y distritos, al igual que en la actualidad la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, creada mediante Decreto 3573 de 2011, así como las previstas en la Ley 1333 de 2009 como la Unidad Administrativa Especial de Sistema de Parques Naturales Nacionales UASPNN.

Al respecto, nótese como el acto administrativo a través del cual se concede una licencia ambiental, tiene en la Ley una regulación especial y diferente a lo previsto para los actos

administrativos de carácter particular y concreto desde la propia constitución, por cuanto en el artículo 62 se estableció la posibilidad para que la autoridad ambiental, salvo los casos de emergencia, pueda mediante resolución motivada, sustentada en concepto técnico, revocar o suspender la Licencia Ambiental, los permisos, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente, cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición.

Así mismo, se advierte como la suspensión de la licencia ambiental se consideró por el primigenio artículo 85 de la Ley 99 de 1993, como una sanción y medida preventiva aplicable dentro del proceso sancionatorio, lo cual fue corroborado en los artículos 33, 40 y 45 de la Ley 1333 de 2009 a través de la cual se reguló el procedimiento sancionatorio ambiental. Lo novedoso es que dicha revocatoria o suspensión de acto administrativo, podrá hacerse directamente por la autoridad ambiental, y sin que se requiera consentimiento expreso o tácito del beneficiario de la misma, precisamente porque de lo que se trata es de proteger el interés general y superior, tal como lo declaró la H. Corte Constitucional en sentencia C-703 de 2010, en la que se dijo que dicha primacía la resuelve precisamente la propia constitución:

...al reconocer la primacía del interés general, al limitar varios derechos en función de la protección debida al medio ambiente, los recursos naturales o la ecología, y al asignarles al Estado funciones de prevención y control del deterioro ambiental y a los particulares el deber de proteger los recursos culturales y naturales de país y velar por la conservación de un ambiente sano (Corte Constitucional, Sala Plena, C-703, 2010)

Es precisamente en virtud de esa primacía que se ha considerado que en el caso concreto, no resulta inconstitucional la facultad de la autoridad ambiental de suspender o revocar el acto administrativo a través del cual se ha concedido una licencia ambiental, lo cual permite denotar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política, la facultad de suspensión provisional, no es exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ya sobre la legalidad de la suspensión o revocación de licencias ambientales por parte de la autoridad ambiental, se analizará en el tercer capítulo, cuando se estudien las demandas interpuestas por los particulares, sobre dichas decisiones, por ahora, basta tener claridad cómo esta facultad precisamente se erige en función del principio de precaución ambiental.

Igualmente, se tiene como en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993, se dispuso que contra el acto administrativo a través del cual se concede, modifica u otorga una licencia ambiental, resulta procedente el medio de control de nulidad simple, tal como se señaló en el capítulo primero, cuando se habló concretamente de este medio de control.

A modo de conclusión podemos decir, que en tratándose del reconocimiento del Principio de Precaución Ambiental a nivel nacional, la Ley 99 de 1993, es lo que en el DÍA es la Convención de Río, como que fue en aquella que se incluyó de manera expresa y a partir de la cual se previó la competencia de las autoridades ambientales para la aplicación y adopción de medidas precautorias, cuando exista un peligro de daño grave e irreversible para la degradación y deterioro del medio ambiente, aun cuando no exista certeza científica absoluta.

No obstante la importancia de la Ley 99 de 1993 en la legislación colombiana, no se puede desconocer como también integran el régimen ambiental colombiano, otras normatividades como lo son el Código Sanitario Nacional, Ley 9 de 1979; la Ley 165 de 1994 que ratificó el “Convenio sobre diversidad biológico”; Ley 472 de 1998 sobre acciones populares y de grupo

para la protección de derechos e intereses colectivos, como el medio ambiente; el Código Penal, Ley 599 de 2000 en sus artículo 328 y siguientes; la Ley 740 de 2002, por medio de la cual se ratificó el —Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad” hecho en Montreal el 29 de enero de 2000; la Ley 1333 de 2009 (Procedimiento Sancionatorio Ambiental); y, todas aquellas que establecen regulaciones ambientales y procedimientos, así como también los convenios, tratados, acuerdos, protocolos y demás instrumentos internacionales.

En lo concerniente con la Ley 472 de 1998, tal como se estudió de manera detallada en el primer capítulo, se tiene que a través de la misma se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política para las acciones populares y de grupo, activa mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos colectivos, con un carácter preferente cuando intentan prevenir un daño o peligro (Ley 472 de 1998, arts. 5 y 6), estableciendo la posibilidad de decretar medidas cautelares a efectos de preservar el medio ambiente como un derecho colectivo, tal como se vio en el capítulo anterior. Medidas cautelares, que son decretadas en sede jurisdiccional en el desarrollo o trámite del medio de control de acciones populares, y que son de naturaleza distinta a las previstas en la Ley 99 de 1993, que son de carácter administrativo y cuyo autor es precisamente una autoridad ambiental.

En lo concerniente con la adopción de medidas precautorias por parte de las autoridades ambientales, tenemos la Ley 1333 de 2009, en la que se reguló lo concerniente con la facultad sancionadora del Estado en materia ambiental, y se estableció el procedimiento a seguir. Aunado a lo anterior, el artículo 4º define las funciones de la sanción y de las medidas preventivas en materia ambiental, de la siguiente forma:

(...)

Las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana

Por otra parte, el artículo 12 de esta ley, define el objeto de las medidas preventivas, determinando que están encaminadas a “prevenir o impedir la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana. (Ley 1333, 2009).

En tratándose de asuntos ambientales, es preciso tener en cuenta que la acción preventiva se deriva de lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política, y puede tener diversas manifestaciones, aconteciendo que su puesta en práctica se apoya básicamente en los principios de prevención y precaución, donde criterios como afectación, daño, riesgo o peligro que enfrenta el medio ambiente, constituyen el punto de partida de la formulación de dichos principios, cuyo propósito final es dotar a las distintas autoridades de instrumentos para actuar ante situaciones que comprometen gravemente el medio ambiente y los derechos de los asociados. (Corte Constitucional, C-703, 2010).

Dentro de estos instrumentos, se encuentran precisamente las medidas preventivas, que se adoptan cuando aún no han ocurrido los daños medioambientales, pero existe una amenaza inminente de que ocurran, y de ahí, su importancia en los ordenamientos jurídicos, por cuanto los perjuicios o daños a la naturaleza suelen ser irreparables y además permanecen en el tiempo, por lo que sin lugar a dudas en la aplicación de dichas medidas, se debe armonizar con lo postulado por el Principio de Precaución, en virtud del cual no deberá exigirse la certeza científica sobre el real impacto ambiental, para la adopción de estas medidas. Con razón se ha sostenido, que una

de las principales manifestaciones del principio de precaución, es precisamente la posibilidad que tienen las autoridades ambientales de adoptar medidas preventivas.

En la sentencia C-703 del año 2010, la H Corte Constitucional se pronunció en relación con la censura que se hacía a las medidas preventivas, a las que a juicio de la actora, se les atribuía un carácter sancionatorio, y además también se les acusaba de desconocer el principio del *non bis in ídem*, y dijo, que si bien la medida preventiva puede producir efectos o consecuencias gravosas y restrictivas, estas se aplican en un contexto diferente a aquél que da lugar a la imposición de una sanción, y por tanto no vulnera ningún derecho o principio constitucional.

Igualmente, en relación con el procedimiento sancionador ambiental definido en la Ley 1333 de 2009, al ser revisado por la Corte Constitucional en el año 2010, se declaró la constitucionalidad de sus disposiciones al considerar que están de acuerdo con los principios ambientales, esencialmente con el de precaución. (Corte Constitucional, C-595, 2010)

A partir del análisis normativo hecho a la legislación colombiana, se concluye que desde 1990, tanto el legislativo, como el ejecutivo, han involucrado de manera continua el tema ambiental dentro de la agenda de gestión cuatrienal, destacándose la creación del Ministerio de Medio Ambiente en 1993, más tarde el Plan Nacional de Desarrollo 1994-1998 pugnó por la producción limpia, y la gestión ambiental sostenible, y posteriormente el Plan Nacional de 1998-2002, definió el agua como fundamento de la política ambiental.

No obstante el recuento normativo hecho en precedencia, es preciso aclarar que la utilización del concepto de “precaución” en las leyes ambientales colombianas más relevantes, básicamente se encuentra en la Ley 99 de 1993. Las demás disposiciones únicamente hacen referencia a la “prevención”, que implica la utilización de bases técnicas o científicas cuando se requiera emitir

una decisión, por lo que se destaca el desarrollo que del concepto y su contenido, se ha hecho por la H Corte Constitucional, que como se verá más adelante, acude a la aplicación del principio de precaución para la adopción de sus decisiones.

Frente al principio de precaución, como se expondrá líneas siguientes, no existe la exigibilidad de probar la certeza o probabilidad de un daño al medio ambiente, y en cambio sí es posible tomar medidas de intervención cuando no existan suficientes elementos para suponer que no se causará un riesgo que atente contra dicha protección ambiental, lo que conllevará al desarrollo de óptimos y nuevos conocimientos que permitan acreditar la posibilidad de evitar o atenuar los daños, situación que será examinada con mayor profundidad en momentos posteriores, del presente documento investigativo.

2.1.2.1 Desarrollo jurisprudencial. Desde diferentes escenarios como la Jurisprudencia de la H Corte Constitucional, se ha distinguido a la Constitución Política de 1991, como la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”, en atención a que instituyó nuevos parámetros en la relación persona y naturaleza incluyendo en su estructura normativa varias disposiciones relacionadas con el derecho al medio ambiente sano y el deber de protegerlo.

En efecto, el reconocimiento por la constitucionalización ecológica que se desprende de la norma superior de 1991, se evidencia en sendos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Iniciamos el estudio, con lo que sostuvo dicha Corporación en sentencia C-126 de 1998:

La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del

medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "Constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente (Corte Constitucional, C-126, 1998)

Mediante sentencia de Constitucionalidad 595 de 2010, señala que numerosas cláusulas constitucionales reconocen al medio ambiente como un interés superior, y señala, entre otras a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8); el derecho de todos a gozar de un ambiente sano (art. 79); las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos (art. 88). (Const, 1991)

Todos estos artículos de la Constitución Política apuntan a diversos escenarios encaminados a preservar el medio ambiente de la mano de un desarrollo sostenible dentro del territorio nacional. De tal manera, que el medio ambiente se entiende como 1) principio rector del Estado; 2) como derecho colectivo, social y fundamental exigible con variados mecanismos jurisdiccionales como la tutela, la acción popular y la acción de cumplimiento; 3) El medio ambiente como modelo de desarrollo; 4. El medio ambiente como condicionante de la propiedad privada; 5. El medio ambiente como componente de la política internacional; y 6. El medio ambiente y la estructura organizativa del Estado. (Macías, 1998, p. 84-88).

Ahora bien, frente al principio de precaución, la Corte Constitucional ha dejado claro en sendos pronunciamientos que este se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (artículo 226) y de los deberes de protección y prevención (artículos 78, 79 y 80). (Sentencias C-071 de 2003, C-988 de 2004, C-703 de 2010, T-299 de 2008 y T-360 de 2010). Es decir, que si bien es cierto que este principio no fue

señalado de forma explícita y directa en el articulado de la Constitución Colombiana, sí encontramos por ejemplo, disposiciones encaminadas a evitar daños ambientales y prevenirlos sin necesidad de su configuración material, como requisito para activar los mecanismos de prevención y el diseño de políticas públicas que permitan con premeditada anticipación su debida protección.

Ejemplo de ello está contenido en el deber constitucional de ‘prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, e imponer las sanciones legales correspondientes (art. 80). Así mismo, establece dentro de los deberes de la persona y del ciudadano la obligación de ‘proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano’ (art. 95, ordinal 8). Por lo tanto, con esta Constitución se logró un gran paso hacia la concepción del principio de precaución ambiental, implantando el deber y responsabilidad del Estado Colombiano, de evitar el deterioro ambiental, conservar, restituir o restaurar los recursos naturales. Máxime cuando con anterioridad, se han adquirido sendos compromisos con las Declaraciones que ha aprobado y los Convenios que ha ratificado, como es el caso de la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Río de 1992, y además a través del artículo 226 de la Constitución Nacional, se consigna la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas.

En relación con la consagración del principio de precaución ambiental en el numeral sexto del artículo primero de la Ley 99 de 1993, su constitucionalidad se resolvió, mediante la sentencia C-293/02, del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. En esta ocasión el accionante alegaba en la demanda que la redacción del principio de precaución carecía de unidad de criterio porque introducía “dos conceptos constitucionales y legales contrarios y antagónicos”, al introducir la investigación científica para la formulación de políticas ambientales pero a su vez permitir que

aún ante la falta de certeza la autoridad ambiental pueda adoptar decisiones aduciendo que con ello se estaría ante una presunción de mala fe.

Al respecto la Corte Constitucional al resolver el problema jurídico, en la sentencia C-293/02, aclaró lo siguiente:

(...) el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución (Corte Constitucional, C-293, 2002)

En dicha sentencia, la Corte Constitucional, estableció para la Administración los siguientes requisitos al momento de aplicar el Principio de Precaución:

(i) Que exista el peligro de la ocurrencia de un daño; **(ii)** que éste sea irreversible; **(iii)** que exista un principio de certeza sobre el peligro, así no exista una prueba absoluta del mismo; **(iv)** que la decisión que la autoridad adopte se encamine a impedir la degradación del medio ambiente; y, **(v)** que el acto sea motivado y excepcional (Corte Constitucional, C-293, 2002)

A través de la sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería, por medio de la cual se resolvió la demanda de constitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 685 de 2001, o Código de Minas, se dijo concretamente que el Principio de Precaución se debe aplicar en esta área, y 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 del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

En relación con este pronunciamiento, según lo expuesto años después en la sentencia T-299-08, constituyó la primera vez en la cual la H Corte utilizó el principio de precaución como criterio hermenéutico para la determinación del sentido constitucionalmente válido de una disposición normativa.

En la sentencia C-071 de 2003 se examinó la Ley 740 de 2002, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Montreal, el veintinueve (29) de enero de dos mil (2000), donde se reiteró el principio denominado “criterio de precaución”, conforme al cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, lo cual, según la Corte, es completamente compatible con el deber constitucional de prevenir y controlar los factores del deterioro del ambiente, los ecosistemas y la diversidad biológica.

Luego, en la sentencia C-988 de 2004, atendiendo una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley 822 de 2003, por la cual se dictan normas relacionadas con los agroquímicos genéricos, artículos 1º, 3º parcial, 4º parcial y 6º parcial, la Corte

consideró que los deberes de protección al medio ambiente se materializan “en gran medida” en el principio de precaución el cual se encuentra constitucionalizado:

En cierta medida, la Carta ha constitucionalizado el llamado “principio de precaución”, pues le impone a las autoridades el deber de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente”. “Sin embargo, dicho principio, y en general los deberes de prevención que la Carta asigna a las autoridades en este campo, no significan que únicamente cuando se ha demostrado que un producto o un proceso no tiene ningún riesgo entonces puede ser usado, pues es imposible demostrar la ausencia de riesgo. El principio de precaución supone que existen evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente, pero esas evaluaciones científicas no son suficientes para establecer con precisión ese riesgo. Y es que si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas. Por el contrario, en los casos de que haya sido detectado un riesgo potencial, el principio de precaución obliga a las autoridades a evaluar si dicho riesgo es admisible o no, y con base en esa evaluación deben determinar el curso de acción sentencia (C-988 de 2004)

Posteriormente, en sentencia T-299 de abril 3 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) la Corte Constitucional al traer a colación toda la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el tema del Principio de Precaución en el ordenamiento colombiano, agregó:

(i) El Estado Colombiano manifestó su interés por aplicar el principio de precaución al suscribir la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; (i) el principio hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993; (iii) esta decisión del legislativo no se opone a la constitución; por el contrario, es consistente con el principio de libre autodeterminación de los pueblos, y con los deberes del Estado relativos a la protección del medio ambiente; (iv) el Estado ha suscrito otros instrumentos internacionales, relativos al control de sustancias químicas en los que se incluye el principio de precaución como una obligación que debe ser cumplida de conformidad con el principio de buena fe del derecho internacional; (v)... el principio de precaución se encuentra constitucionalizado pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta (Corte Constitucional, T-299, 2008)

Y concluyó que el principio de precaución es una herramienta hermenéutica de gran valor para determinar la necesidad de intervención por parte de las autoridades públicas, ante daños potenciales al medio ambiente y la salud pública, y en consecuencia, su utilización no se opone a ningún principio constitucional, y recalca, que se trata de un enfoque excepcional y alternativo frente al principio de certeza científica.

En la sentencia C-595 de 2010, por medio de la cual se estudió la constitucionalidad de la Ley 1333 de 2009, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, se caracterizó al principio de Precaución como “una postura activa de anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”, y se dijo que este principio, constituía un criterio hermenéutico para la aplicación de las normas relativas a la

protección del medio ambiente, frente a las graves amenazas que no han sido comprobadas científicamente, así como sirve para fijar los límites que deben observar tanto los operadores judiciales, como los administrativos, y se concluye, a partir de todo el estudio del referido principio en el DIA, que la comunidad internacional ha avanzado en la consagración de principios, mecanismos e instituciones jurídicas “...que permitan una protección más adecuada, efectiva, sustancial y presente del medio ambiente, dada la problemática profunda que enfrenta y las consecuencias sobre la humanidad”.

En la sentencia C-703 de 2010, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, a través de la cual se estudió la constitucionalidad de otras normas de la Ley 1333 de 2009 (artículos 32, 36, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48), la H. Corte resaltó la importancia del principio de precaución junto al de prevención, y los consideró elementos centrales y complementarios para asegurar la protección del medio ambiente, de manera previa a su afectación. Al respecto sostuvo:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados (Corte Constitucional, C-703, 2010)

En el Auto 73 de 2014, hizo un recuento de todo el desarrollo que la H. Corte Constitucional ha hecho del Principio de Precaución Ambiental, en la cual lo define como una garantía y un deber constitucional para la materialización de los derechos colectivos de las comunidades negras del Pacífico nariñense, frente a los factores transversales que los afectan, y por ello

recalca su aplicación para la protección del medio ambiente y/o la salud de la población, frente a los riesgos que se derivan de los programas de erradicación de cultivos ilícitos por medio de las aspersiones aéreas con glifosato, así como de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales.

En virtud de todos los anteriores pronunciamientos, la Corte también ha emitido sendos pronunciamientos jurisprudenciales por vía de tutela, a través de los cuales ha acudido a este principio para proteger el medio ambiente y/o la salud de los ciudadanos frente a ciertos riesgos a los que son sometidos, como por ejemplo el vivir cerca de subestación eléctrica (T-299-08), rodeado de antenas parabólicas (T-104 de 2012), o expuesto a partículas derivadas de la explotación del carbón (T-154 de 2013), o el vivir cerca de torres de telefonía celular (T-360 de 2010 M.P. Humberto Sierra Porto), en la que se protegió los derechos de los accionantes que residían cerca de torres de telefonía celular, y se reiteró que el “Principio de Precaución” se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (Artículo 226 C.N.) y de los deberes de protección y prevención (Artículos 78, 79 y 80 C.N.), advirtiéndose que en dichos pronunciamientos ha tratado el tema probatorio de manera flexible, pero en todo caso, siempre ha exigido un principio de certeza, por lo que reitera que la sola existencia de duda no es suficiente para activar el principio de precaución. A contrario sensu, también se destacan pronunciamientos donde la Corte ha sido exigente en cuanto a la prueba del riesgo, e incluso ha exigido indicio de causalidad entre la fuente del riesgo y el daño que se ha causado concretamente a una persona, como es el caso de la sentencia T-701 de 2014, a través de la cual se negó la tutela a una paciente de cáncer que solicitaba retirar una antena de telefonía móvil ubicada cerca de su vivienda, por cuanto no existía elemento probatorio, ni

quiera indiciario, que demostrara que la afectación del estado de salud de la accionante, fue producto de las exposiciones a las radiaciones electromagnéticas.

Por último se destacan también otros pronunciamientos, donde se ha actuado ante la sola incertidumbre, e incluso se ha advertido que los jueces constitucionales tienen el deber de actuar ante cualquier duda científica sobre el daño, como es el caso de lo ocurrido en la sentencia ST-139 de 2016, donde se tuteló el derecho al agua potable de los afiliados a una junta de acción comunal y ordenó a la alcaldía de Bucaramanga tomar las medidas para garantizar el acceso al agua potable, reiterando que ante cualquier duda, se deben tomar medidas a favor de la protección del medio ambiente y la naturaleza.

Pero a manera de conclusión, puede decirse que si bien han existido pronunciamientos con manejo probatorio flexible, es más abundante el número de providencias en las que la Corte insiste en la necesidad de verificar la existencia de un riesgo “serio y cierto”, así como de establecer un peligro de daño grave o irreversible, exigiendo un principio de prueba científica sobre éste, aclarando que si no hay evidencias sobre el riesgo potencial, no se puede invocar el principio de precaución, pues, ello sería arbitrario. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en sede de acción de amparo, se torna más complejo el manejo probatorio, en atención a los términos tan reducidos que se tienen para proferir el respectivo fallo, pues, en los diez días, difícilmente se obtienen los estudios requeridos, es por ello que en lo que versa con el derecho colectivo al goce de un ambiente sano, que por regla general se protege a través de acción popular, en el capítulo siguiente se verá como, aun cuando no en la cantidad que se estimaba, si se han proferido decisiones soportadas en el principio de precaución ambiental en sede de tutela cautelar, con lo que se evidencia la relación entre dicho principio y la realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

2.1.3 Diferencias entre el principio de precaución ambiental y principio de prevención ambiental. En términos generales se puede decir que el principio de precaución ambiental como el de prevención ambiental, tienen fuentes similares, esto es, desde el punto de vista filosófico y ético derivan de la teoría de la responsabilidad, así como se identifican con la máxima “Más vale prevenir que curar”.

No obstante el desarrollo que se le ha dado a los mismos permite concluir que existen ostensibles diferencias, las cuales se manifiestan a la hora de aplicar uno u otro.

Como bien se ha explicado, el **Principio de Precaución** ambiental no requiere del previo conocimiento de un daño al medio ambiente, y permite que se active aún ante la ausencia de **certeza científica**, pues ni siquiera exige que exista al menos una muestra o indicio de su probabilidad, naturaleza, causalidad o magnitud, sino tan solo que haya peligro de daño muy grave e irreversible, por lo cual está basado en la incertidumbre, aunado al hecho de que se invierte la carga de la prueba en quien pretenda realizar una intervención ligada al medio ambiente, pues tendría que evidenciar elementos con suficiente respaldo para desvirtuar cualquier probabilidad de un riesgo importante de un posible daño ambiental .

Por su parte, el **Principio de Prevención**, aunque se asimila al de precaución por su tendencia a evitar los riesgos y anticiparse a los daños, se fundamenta en otras bases, pues está enfocado al actuar de las autoridades ambientales siempre y **cuando existan suficientes bases o evidencias, tecnológicas y científicas** que alerten un riesgo y/o daño ambiental de forma anticipada a su materialización, y en consecuencia, se tendría más certeza sobre las medidas preventivas a adoptar para mitigar dicho desenlace. Dicho lo anterior, este principio se torna menos radical que el de precaución, pues éste supone que “el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de

una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos” (Jiménez, 2003).

De conformidad con lo desarrollado por la H. Corte Constitucional, tanto en las sentencias C-595 de 2010 y C-703 de 2010, la diferencia en estos principios radica en el conocimiento previo que se tenga sobre la real y cierta causación del daño.

Sobre el punto se dijo:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna

situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos (Corte Constitucional, C-595 y C-703, 2010)

Corolario de lo expuesto, se considera que el principio de precaución es mucho más exigente para los agentes, por cuanto se protege de peligros desconocidos e inciertos, mientras que en el de prevención se protege de peligros conocidos y ciertos.

No obstante, en la sentencia C-703 de 2010, se expuso como un sector de la doctrina ha hecho énfasis en la proximidad de los principios de precaución y prevención, e indican que como su diferenciación no es total, cabe un tratamiento genérico basado en la cercanía y en la convicción de que los contenidos asignados a cada uno, los tornan complementarios e incluso los hacen intercambiables.

En este orden de ideas, tenemos que no puede confundirse estos dos principios, como quiera que en tratándose del de precaución, se está bajo supuestos en los que la autoridad administrativa decide sin que exista certeza científica, lo que significa que la duda se refiere al acaecimiento del daño, pero existe la convicción de que este se puede evitar si se toman decisiones o se adelantan actuaciones encaminadas a evitar ese resultado. (Gil Botero, 2013, p. 114).

En relación con la consagración positiva de estos principios en el derecho colombiano, podemos decir que los dos, tanto el principio de prevención, como el de precaución se encuentran recogidos en el artículo 1 de la Ley 99 de 1993, al disponer i) que es obligación del Estado fomentar la incorporación de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos necesarios para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental, y ii) al disponer en el numeral sexto que las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución, conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e

irreversible, la falta de certeza científica absoluta, no deberá usarse para postergar la toma de medidas.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, se sostiene que el principio de prevención se fundamenta o basa en **la debida diligencia que implica la adopción de medidas o previsiones en relación con los bienes y personas bajo su control, en tanto que en el de precaución se basa en el buen gobierno, o toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas que ordenan la inacción cuando no existan pruebas científicas sobre potenciales riesgos de daños en relación con una actividad** (Gil Botero, 2013, p. 117)

Desde el punto de vista del derecho internacional ambiental, se ha considerado que el principio de prevención busca que las acciones de los Estados se enfilen a evitar o disminuir los daños ambientales, por lo que se requiere la adopción de medidas o acciones reguladoras, bien de tipo administrativo u otra naturaleza, que se deben usar en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave, por lo que no responde a un modelo curativo pendiente de sanción y reparación.

No obstante, si bien se han identificado por doctrina esas diferencias, no se puede negar que existe una relación estrecha entre estos dos principios, como que precisamente la precaución halla su fundamento en la prevención, como medio para evitar la consumación de daños al medio ambiente.

2.1.4 Elementos estructurales del principio de precaución ambiental. La Corte Constitucional ha advertido que la adopción de medidas fundadas en el principio de precaución debe contar con los siguientes elementos: (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la

decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

A su turno, la doctrina también ha señalado como elementos constitutivos del principio de precaución: i) Exista una amenaza de daño (o un «peligro» o «riesgo»). ii). Esa amenaza se produce en una situación de incertidumbre científica. iii) Ello trae consigo una acción para prevenir el daño o, en términos positivos, para proteger el bien en cuestión (la salud, el medio ambiente, etc.) (Cozar, 2005, p. 3).

De igual forma, algunos doctrinantes del derecho ambiental señalan que en realidad basta con la presencia de los dos elementos iniciales: la incertidumbre científica y el nivel de gravedad del daño, ya que al ser la necesidad de precaución un principio fundamental en materia ambiental, es suficiente que se configure la situación de incertidumbre y la posibilidad de daño, para que se deba proceder de forma obligatoria con la proyección de medidas de precaución (Berizonce, 2013, p. 245).

Sin embargo, y tal como señala Cózar (2005, p. 3s), estos elementos no deben ser vistos como factores simplemente nominales, sino que a su vez están conformados por una serie de elementos secundarios de los cuales derivan su solidez. De esta forma, la incertidumbre científica, a pesar de su propia naturaleza, debe permitir que se visualicen los efectos potencialmente negativos, dando lugar a que exista una presunción de riesgo considerable o a la posibilidad tangible de una amenaza de daño ambiental.

2.1.4.1 Amenaza o riesgo de daño grave e irreversible. Es preciso señalar, que el estudiado principio busca proteger al medio ambiente, no por los daños causados, sino por el riesgo de daño a dicho bien jurídico o derecho colectivo. Es decir, el daño ambiental, constituye ser lo que

se pretende evitar. Al respecto, la Ley 23 de 1973 en el artículo 4 estableció una definición amplia de daño ambiental al señalar que se consideraba como tal, cualquier tipo de alteración al medio ambiente, bien producto de la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades o concentraciones con la potencia de interferir con el bienestar y salud de las personas, así como en el de los recursos naturales. A su turno la Directiva 2004/35/CE de la Comunidad Europea sobre responsabilidad legal en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, define en el artículo 2, el daño ambiental como “cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies”.

Así mismo, dentro del concepto de daño ambiental es posible identificar el daño ambiental puro, entendido como cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción que recae exclusivamente sobre el medio natural (agua, aire, flora), y el daño ambiental consecutivo o impuro, bajo el cual se estudian las repercusiones o consecuencias que el deterioro ecológico genera en el ser humano.

En relación con la amenaza o riesgo de daño ambiental, se debe hacer la aclaración que si bien se suelen usar los términos amenaza, peligro y riesgo ambiental de manera indistinta, a manera de sinónimos, es el término “riesgo” el que resulta más adecuado, ya que hace alusión a la posible proximidad o contingencia de un daño, sin que se tenga al mismo por un hecho seguro, en tanto que el término “peligro” suele hacer referencia a una condición ambiental o externa preexistente que aumenta la existencia de una daño (RAE, 2015).

Según Beck (2000 citado por Cascais, 2005) el concepto de riesgo:

...se une directamente al concepto de modernización reflexiva. El riesgo puede ser definido como la forma sistemática de lidiar con los peligros y las incertidumbres inducidas y producidas por la propia modernización. Los riesgos, en la medida en que se oponen a los antiguos peligros, son consecuencias relacionadas con la amenazadora fuerza de la modernización y la respectiva globalización de la duda. Son políticamente re- flexivos (p. 45)

Dicho de otra forma, si bien los dos términos pueden ser usados de manera indistinta, la palabra riesgo trae consigo una mayor condición de imprevisibilidad, que en este caso resulta idónea.

Una vez aclarado lo anterior, se tiene que un riesgo ambiental es una alusión a un posible daño o afectación profunda al medio ambiente o los recursos naturales, que puede darse tanto por factores propios de la naturaleza (como la actividad sísmica) como por la intervención del hombre. Es sobre este segundo tipo de riesgo, también llamado riesgo antrópico, que versa el concepto del riesgo de daño irreversible, ya que el principio de precaución hace referencia, por definición, al impacto ambiental que puede generar la actividad humana.

A su vez, se habla de un daño ambiental irreversible en la medida en que, el detrimento o afectación que ha tenido lugar sobre el ambiente o sobre los recursos naturales no puede ser corregido o revertido por medios humanos, una vez ha tenido lugar (Abdón, 2012, p. 23), y por consiguiente tal afectación goza de un carácter permanente, o al menos seguirá presentando efectos a muy largo plazo. En esta medida, si bien un hecho como una profunda deforestación puede causar un tremendo impacto ambiental, no se considera irreversible en la medida en que existen mecanismos para recuperar la población vegetal. Sin embargo, si tal deforestación lleva a

la extinción de una especie animal o vegetal, o la contaminación del suelo hace imposible que los árboles vuelvan a crecer, estaríamos frente a un daño irreversible.

Es por este carácter que los daños con dicha capacidad de afectación no pueden ser corregidos a posteriori y, por consiguiente, se hace indispensable su prevención. Esto refuerza la necesidad de **los estudios previos de impacto ambiental**, y obliga a que con base en los mismos se tomen todas las medidas preventivas necesarias para evitar su producción, lo que puede incluir la cancelación de proyectos, la protección especial de áreas territoriales o la demolición de obras, en caso de ser necesario.

Sin embargo, esto último resulta más complejo en los casos donde existe incerteza científica, ya que el estudio de impacto ambiental no ha arrojado resultados concluyentes, o no se cuentan con todas las variables necesarias para emitir un dictamen final. Es precisamente en esos eventos, donde la aplicación del principio de precaución ambiental, obliga a que se tomen medidas para evitar cualquier daño irreversible que pudiera llegar a ocurrir, aunque las posibilidades de la ocurrencia del mismo, no sean definitivas.

Se tiene entonces que el principio de precaución busca hacer frente no sólo al daño irreversible, sino al simple riesgo o amenaza del mismo. Es decir, frente a la posibilidad tangible, aunque no confirmada, de que exista un daño ambiental irreversible, debe operarse con la misma diligencia que si se tuviera certeza de la ocurrencia del daño, tomándose todas las medidas necesarias para disminuir el riesgo y evitar la afectación (Cózar, 2005, p. 4). Estas medidas deben ser de una magnitud proporcional al daño, y ser elaboradas de manera diligente, por un profesional en la materia.

Respecto del daño propiamente dicho, este debe ser de carácter considerable, sustentado en unos indicios válidos de peligro, y la magnitud o naturaleza de sus efectos debe estar

caracterizada por un impacto de amplia consideración, es decir, debe existir el riesgo sustentable de un daño grave, extendido e irreversible, que no pueda ser aceptado ni siquiera como posibilidad, y que por consiguiente obligue a los implicados a tomar medidas encaminadas a su supresión o mitigación hasta un nivel tolerable. Sin embargo, y dada la incertidumbre científica mencionada, no es necesario en ningún momento que exista una prueba completa o irrefutable del daño.

2.1.4.2 Incerteza científica. El derecho ambiental se constituye con unos principios propios de su ámbito de regulación y que difieren del derecho clásico. Tal es el caso del principio precautorio, que se tiene como uno de los más diferenciadores. (Cafferratta, 2009, p. 50) al respecto enunció que “El principio precautorio es un cambio de la lógica jurídica clásica. El principio precautorio parte de la base de la “incerteza”, duda, o incertidumbre. Se debe observar que, por el contrario, cuando se habla de “daño”, de “daño jurídico” o de “daño reparable” se parte del concepto de “certeza”.

El motivo por el cual se presenta este cambio de visión, respecto de las otras áreas del derecho, obedece a que cuando se habla de daño ambiental, la mayoría de las veces no se tiene un daño concreto y diferenciable que se pueda castigar o penalizar, sino un daño impreciso o con la posibilidad de un daño a futuro, lo que lleva al estudio de otro tipo de derechos colectivos. Es por ello que se hizo necesario aplicar una lógica diferente frente a este tipo de derechos.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia han sido unánimes en torno al hecho que las referencias y valoraciones con las que se opera en derecho ambiental, frente a posibles daños, son inciertas y en la mayoría de las veces están sujetas a investigaciones científicas, por lo que resulta muy difícil tanto establecer sus reales efectos, como cuantificarlos, como que muchos de

ellos sólo se hacen visibles y medibles mucho tiempo después. Incerteza, que no sólo se presenta al momento de determinar y establecer responsabilidades, sino también al momento de adoptar decisiones, incluidas las medidas preventivas o precautorias. (Esteve, 2002, p. 202)

Para hacer mayor claridad sobre el contenido y naturaleza de este elemento, resulta necesario en primer lugar hablar del concepto mismo de incertidumbre científica, para luego ver como el mismo resulta de amplia relevancia en el campo ambiental.

De esta forma, es necesario empezar por señalar que, por norma general, se suele esperar que una investigación científica profunda y con la suficiente recopilación de información sea capaz de predecir de forma satisfactoria las consecuencias de una acción o de un cambio dentro de un entorno conocido; sin embargo, esto no siempre es cierto, y existen situaciones donde la elevada complejidad del entorno que va a ser alterado, o de la situación que pretende ser predicha, impide que cualquier proyección realizada tenga un grado de certeza aceptable (Vargas, 2005).

Así, desde la perspectiva científica, para predecir con éxito los resultados de un evento o una actividad, se debe tener en cuenta dos aspectos: el número de factores o elementos que pueden incidir en la producción del evento, y la cantidad de información que sobre los mismos se posea. De modo que, en la medida en que el número de factores implicados aumenta, se hace cada vez más difícil hacer predicciones válidas, es decir, se dificulta cada vez más prever con exactitud los resultados que tendrá un determinado evento. Esta situación es conocida como incertidumbre o incerteza científica, y en tratándose del principio de precaución, ésta se une al peligro intuido, y proviene de la ignorancia y de la “indeterminación inherente a la incapacidad de conocerse de los grandes sistemas y ha sido evaluada predominantemente a la luz de modelos estadísticos, en vez de sociales”. (Cascais, 2005, p. 52)

En el campo medioambiental, objeto de estudio, la incerteza suele aparecer con bastante frecuencia. La enorme complejidad de los ecosistemas, en los cuales puede presentarse la interacción entre decenas o cientos de factores diferentes, y donde muchas de dichas interacciones pueden estar encubiertas o no encontrarse documentadas, hace que en muchos casos sea muy difícil -por no decir casi imposible- realizar proyecciones satisfactorias que permitan establecer de antemano los resultados o el impacto ambiental de una determinada acción o de la ejecución de un proyecto (Vargas, 2005). También es bastante recurrente que durante dicha implementación, o incluso con posterioridad a ella, puedan aparecer factores nuevos, hasta ese momento desconocidos y por consiguiente no tenidos en cuenta de forma previa.

Es por esto que la falta de certeza científica sobre las consecuencias ambientales de un suceso determinado no debe ser vista como una causal para la inactividad en materia de protección ambiental. Es así como surge el principio de precaución, que obliga a tomar medidas para la defensa del ambiente en todos aquellos casos donde, aunque no sea una certeza, exista la posibilidad -aunque sea mínima- de que se presente un daño ambiental, especialmente si este puede llegar a tener dimensiones de consideración (Cafferata, 2004, p. 162).

Con razón se ha dicho, que la incertidumbre sobre las consecuencias o mejor dicho, la incerteza científica, constituye el núcleo o fundamento esencial del principio de precaución ambiental, y es por ello que es este elemento el que ha identificado la positivización del mencionado principio.

2.1.4.3 Adopción de medidas precautorias. En relación con este tercer elemento, se tiene que como quiera que lo que se busca proteger es el deterioro del medio ambiente, ante la falta de

certeza científica sobre el daño, se deben adoptar medidas precautorias, que no son otra cosa que las acciones tendientes a poner en práctica el principio precautorio, con la consecuente finalidad de prevenir un daño en el medio ambiente, o las necesarias para impedir que se produzca un daño que aún no ha sido causado.

Al respecto Cafferatta (2009, p. 50), afirma que “En ese caso la duda opera en favor de la prevención o de la precaución, en el sentido de que hay que adoptar medidas tendientes a evitar o impedir la degradación del medio ambiente”. A su turno, Artigas (2001, p.13) manifiesta claramente que “...cuando una actividad provoca amenazas de daño al medio ambiente o la salud humana, se deben tomar medidas precautorias aun cuando algunos efectos causales no estén científicamente establecidos”. Esto ha conllevado a que los Estados vean y sientan la necesidad de crear legislaciones que incluyan la manifestación de este principio, y que den un margen de aplicación de las medidas que puedan garantizar el cumplimiento del mismo, por la naturaleza difusa del daño ambiental.

La adopción de estas medidas debe hacerse con suprema responsabilidad por parte de la autoridad ambiental y judicial, en la medida que se debe tener presente que el objetivo de las mismas está dirigido a la protección del medio ambiente, por lo que se debe determinar en cada caso concreto cuáles son las efectivas e idóneas para lograr tal cometido, y ante la ausencia de un catálogo de estas, se debe acudir a la colaboración de los expertos, en virtud precisamente de lo técnico del asunto.

Es por ello que la doctrina se ha esforzado por identificar varios requisitos o exigencias para la adopción de esas medidas. Veamos algunos:

a) Aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, como lo ordena el artículo 44 del CPACA, en el que se contempla que si el contenido de una decisión es

discrecional esta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

b) Transitoriedad de las medidas, por cuanto su duración depende de si se mantiene o no la situación de incertidumbre que justificó la decisión de la administración.

c) Decisión motivada, la cual debe basarse en los conocimientos científicos existentes, así no sean completos, pero que tenga soporte de esta naturaleza. (Gil Botero, 2013, p. 70-72)

En efecto, se considera que al momento de adoptar la medida precautoria, se debe aplicar el test de proporcionalidad, por cuanto debe existir una razonable proporción entre la magnitud e inminencia del riesgo que se presenta y la clase e intensidad de las medidas que se adopten, pues, que cada caso presenta particularidades que deben tenerse en cuenta, sin que en este punto pueda recavar en la tensión existente entre desarrollo y medio ambiente, como que la misma ya fue resuelta por el principio de precaución, y en favor de este último.

Por tanto, la proporcionalidad se predica respecto de la medida, a fin de que sea eficaz y lo suficiente para la protección ambiental en ese caso concreto.

Así mismo, es importante tener en cuenta que otro de los límites a estas medidas, es el temporal, por cuanto como se ha visto, las mismas tienen su razón de ser mientras dure la situación de incertidumbre científica, la cual se debe superar, y por ello compete a las autoridades o particulares responsables, adelantar los correspondientes estudios e investigaciones para determinar si con base en los nuevos resultados, se debe mantener o no la medida, o en su defecto se debe modificar, por lo que se remarca, que si es fundamental que con posterioridad a la adopción de la misma, se continúe la investigación en aras de superar al máximo, la incertidumbre. (Esteve, 2002, p. 210).

2.1.5 *In du bio pro ambiente.* En consonancia con lo expuesto en torno a los elementos del principio de precaución ambiental, y más concretamente, el concerniente con la incertidumbre científica, es por lo que en derecho ambiental, este aspecto ha cobrado una especial relevancia, por cuanto el tratamiento al grado de verdad que se ha dispuesto se requiere para la toma de decisiones, bien administrativas, ora judiciales, no es el requerido en otras áreas del derecho. Lo anterior, en virtud, como se ha visto, de la puntual característica que rodea el daño ambiental, así como sus causas y efectos, que en la mayoría de los casos es de incertidumbre.

Es por ello que se ha recurrido a las presunciones legales. En el derecho ambiental colombiano encontramos como ejemplo, lo consignado en la Ley 1333 de 2009 por medio de la cual se estableció el Procedimiento Sancionatorio Ambiental y se fijó una presunción de culpa y dolo en contra del infractor. Disposición, que fue objeto de estudio por parte de la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-595 de 2010 en la que refiere que en varios de los ordenamientos jurídicos, incluidos los de la Unión Europea, se atienen con vigor los principios del DIA, y entre ellos el de precaución, y por lo tanto, justifica la existencia de la presunción de culpa o dolo y la inversión de la carga de la prueba en cabeza del infractor, lo cual concluye, a partir de una evolución jurisprudencial de estas figuras en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Por tanto, considera que la presunción de culpa o dolo en el procedimiento sancionatorio ambiental es legal, de tal forma que admite prueba en contrario y que se mantiene una responsabilidad subjetiva, pues, la presunción es de culpabilidad, que a pesar de la inversión de la carga de la prueba, le permite al presunto infractor utilizar todos los medios probatorios para demostrar que no actuó con dolo o culpa, como presupuestos de la responsabilidad ambiental.

Señala que las disposiciones demandadas son constitucionales porque atienden a circunstancias y a posibilidades fundadas en la experiencia que resultan razonables, dado el bien jurídico constitucional que se protege “medio ambiente sano”, para la preservación de las generaciones futuras.

Así mismo, de acuerdo con el Derecho Probatorio existen las presunciones *hominis*, a las que Carnelutti define “como un juicio lógico en virtud del cual se considera como probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos” (Mosmann y Ruiz, 2007, p.309)

Con base en lo anterior, no queda duda alguna, que el fin último, tanto de las autoridades administrativas, como judiciales, debe ser la eficaz protección del medio ambiente, por lo que ante la incertidumbre científica sobre la causación de los daños a este derecho colectivo, se debe optar porque la duda favorezca al mismo.

Esta presunción implica obviamente la inversión de la carga de la prueba, por cuanto no corresponde a quien alega el riesgo al medio ambiente probar su dicho, sino que corresponde al responsable de la actividad que lo genera demostrar que con la misma no se causa daño al medio ambiente.

En efecto, según Antonio Benjamin, (s.f., citado por Cafferata, 2009, p.52) el principio precautorio, a más que invierte la carga de la prueba, también el estado de juridicidad, por cuanto quien desarrolla una actividad de riesgo, de daño grave e irreversible, estaría desarrollando una actividad antijurídica, hasta que demuestre lo contrario.

En Colombia, la H. Corte Constitucional, así lo ha reconocido en varias sentencias de tutela, donde ha protegido el derecho de los accionantes, ante la duda que se presenta en relación con la causación del daño alegado.

Un ejemplo es la sentencia T-672 de 2014, en la cual ante la duda que se presentaba respecto de la afectación del medio ambiente y la salud de las personas, dispuso adoptar medidas que anticiparan o evitaran cualquier daño, y dispuso ordenar a la accionada empresa Fenoco S.A. la suspensión de actividades de transporte ferroviarios de carbón en los lugares donde la vía se encuentre a menos de 100 metros a lado y lado de comunidades o viviendas del municipio de Bosconia, entre las 10:30 p.m. y las 4:30 a.m., así como también dispuso que se incluya en el plan de manejo ambiental otras medidas a las de las zonas de convivencias, y que además, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales supervisara rigurosamente el cumplimiento de esta decisión, al igual que proceda a realizar las mediciones necesarias para establecer si se presenta contaminación de polvo de carbón.

De otra parte, en la sentencia C-449 de 2015, por medio de la cual se decidió la demanda de constitucionalidad en contra de los numerales 3 y 4 del artículo 42 de la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se reordena el sector público, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, se consideró que en materia ambiental ha operado un cambio de paradigma, lo cual ha implicado un redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio ambiente, “...como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del in dubio pro ambiente o in dubio pro natura, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja”, por lo cual ante “el deterioro ambiental a que se enfrenta el planeta, del cual el ser humano hace parte, es preciso seguir implementando objetivos que busquen preservar la naturaleza, bajo regulaciones y políticas públicas que se muestren serias y más estrictas para con su garantía y protección, incentivando un compromiso real y la

participación de todos con la finalidad de avanzar hacia un mundo respetuoso con los demás”, y concluye que este cambio de paradigma impone una mayor consciencia, efectividad y drasticidad en la política defensora del medio ambiente.

En este orden de ideas, es fácil concluir como el actual estado tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, se muestra garante y proteccionista del medio ambiente y los recursos naturales, y en la lucha por lograr y hacer efectiva esa protección juega sin lugar a dudas un papel trascendental el principio de precaución ambiental, el cual al consagrar como uno de sus presupuestos para su aplicación la incertidumbre científica sobre los daños al medio ambiente, ha generado que en el derecho ambiental opere la presunción in dubio pro ambiente o pro natura, la cual, como se vió, implica una inversión de la carga de la prueba, que halla justificación y respaldo en virtud del derecho que se busca proteger.

Ya corresponde a las autoridades administrativas y judiciales usar y aplicar este principio del derecho ambiental, advirtiéndose eso sí que su aplicación requiere de un estudio juicioso del caso concreto, como que en tratándose del mencionado principio, no se pueden adoptar pautas generales o abstractas, toda vez que cada caso tiene sus particularidades y es en virtud de ellas que se deben adoptar las decisiones puntuales, acudiendo a los principios de proporcionalidad y racionalidad como orientadores de las medidas que se dispongan adoptar en cada caso concreto.

Al respecto, es preciso advertir que si bien el goce de un ambiente sano goza de una especial protección en el plano local e internacional, y tiene la calidad de principio, derecho y deber, ello no basta ni autoriza para que so pretexto de su protección, se adopten medidas con la apariencia de precautorias, pero que no son producto de la responsabilidad, proporcionalidad y razonabilidad, pues, ello va en contravía de lo que en esencia es el principio de precaución ambiental.

A partir del anterior análisis y descripción, se puede afirmar la importancia de la tutela cautelar como elemento integrante del derecho de acceso a la administración de justicia. Así mismo, al analizar el principio de precaución ambiental y cada uno de los presupuestos que lo conforman, se establece que en efecto, puede constituirse en fundamento para la adopción de medidas precautorias en tratándose de protección del derecho al goce de un ambiente sano, teniendo como punto de partida las particularidades que reviste el daño y perjuicio en materia ambiental, donde resulta más complejo el aporte de prueba que demuestre ese perjuicio irremediable.

En el próximo capítulo se evidenciará la aplicación del principio de precaución ambiental en materia judicial, a través del análisis y estudio de providencias proferidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a través de las cuales se han decretado medidas cautelares tanto en procesos de nulidad contra actos administrativos relacionados con licencias ambientales, como en acciones populares, a efectos de determinar la acogida que el mismo ha tenido en el ámbito judicial y establecer su avance.

3. Aplicación del principio de Precaución Ambiental en el ámbito judicial

De conformidad con el estudio realizado hasta el momento, se tiene como sin lugar a dudas el Principio de Precaución Ambiental constituye uno de los principales institutos jurídicos en el mundo, donde la crisis ambiental día tras día nos regala una dosis de pánico por lo que ha de venir, lo cual permite que en el momento actual, quizá comprendamos mejor la importancia y necesidad de la protección del medio ambiente, y echemos manos de los medios de control de naturaleza constitucional y legal que existen para cumplir tal cometido.

A lo largo de los dos capítulos anteriores, hemos acudido al apoyo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre medidas cautelares y principio de precaución ambiental, advirtiéndose que ya en este capítulo a partir de la revisión de las providencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, se tratará de determinar la acogida que en el ámbito judicial ha tenido la aplicación del principio bajo estudio tanto en acciones populares, como en medios de control de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho cuando se trata de atacar un acto administrativo relacionado con licencias ambientales, como quiera que ese es el objeto de este trabajo de investigación.

Ahora bien, como los documentos a examinar son providencias judiciales, bien autos, ora sentencias, resulta importante tener en cuenta que en tratándose de estas decisiones, se requiere la motivación de las mismas.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en cada uno de los estatutos procesales, las providencias emitidas por los jueces, además de estar amparadas en la ley, deben ser motivadas, lo cual implica una carga argumentativa para el fallador a través de la cual indique de manera clara y puntual cuales son los hechos objeto de debate, así como las pruebas que sirven de soporte para

su solución y explique el valor que le da a cada una de ellas. Sólo de esta forma se garantiza al ciudadano un verdadero acceso a la justicia y se posibilita la interposición de los recursos, ante la inconformidad con la decisión judicial.

Es por ello que la teoría de la motivación de las providencias judiciales no es un asunto meramente formal, sino que por sobre todo es el instrumento para efectivizar el derecho sustancial.

En este orden de ideas, tenemos entonces como las providencias que se dicten en ejercicio de un medio de control de naturaleza constitucional, como lo es la acción popular, o de naturaleza legal, como nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa, y más si a través de la misma, se dispone el decreto de una medida cautelar, debe necesariamente estar motivada, tal como se ha decantado por la ley y la propia jurisprudencia nacional.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 279 del Código General del Proceso, “salvo los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa”, y ya en lo concerniente con el auto que decreta medidas cautelares en acciones populares es la propia Ley 472 de 1998 en su artículo 25 que establece los presupuestos para su procedencia, dentro de los cuales se encuentra la necesidad de que la decisión del juzgador esté plenamente motivada; exigencia, ampliamente decantada por la jurisprudencia contencioso administrativo y por el propio Tribunal Constitucional.

En punto de la motivación exigida, tenemos cómo dentro de los presupuestos requeridos para la procedencia de la medida cautelar existe uno que hace alusión a que esté debidamente probado en el proceso la inminencia del daño a los derechos colectivos, o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida que es prevenir aquel daño que, bien, está por producirse o hacer cesar aquel que ya se consumó. Es precisamente en virtud

de este presupuesto, que por parte de los falladores se ha entrado a estudiar la aplicación del principio de precaución ambiental en cada uno de los casos concretos y se ha utilizado bajo el argumento de la necesaria prevención del daño, lo cual se analizará líneas adelante, cuando se estudie cada uno de los pronunciamientos donde se acudió al instituto jurídico ambiental citado, bastando en este momento advertir que efectivamente el mismo se puede constituir en argumento de motivación para la procedencia o no de la medida cautelar, como quiera que sus elementos en lugar de reñir con los presupuestos de la medida, se pueden armonizar para lograr una tutela judicial efectiva.

Ya adentrándonos en la aplicación del principio de precaución ambiental, recordemos como el mismo fue introducido en nuestra legislación a través de la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales, donde se consagró en el artículo primero como uno de los principios que rige la materia ambiental en nuestro país, advirtiéndose que como se ha dicho, del texto de la norma primigeniamente se creía que iba dirigido a las autoridades administrativas ambientales, quienes debían observarlo al momento de la toma de decisiones y por tanto se constituyó en soporte para que por parte de ellas se procediera al decreto de medidas precautorias y sanciones, cuando se trataba de aplicar el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, modificado por la Ley 1333 de 2009 en su artículo 40, tal como se identificará al momento de analizar las sentencias dictadas en virtud del ataque judicial hecho por los particulares a dichos actos administrativos.

En este orden de ideas, se abordará el estudio y análisis de las providencias judiciales proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de las cuales se incluyó el principio bajo estudio como soporte de la decisión.

Por razones metodológicas, el análisis se dividirá en dos partes, i) la primera, concerniente con lo acontecido en los medios de control de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el acto administrativo atacado lo constituye el proferido por la autoridad ambiental a través del cual se impuso, bien una medida precautoria, ora una sanción, por considerarse que se debía evitar un daño o perjuicio irremediable al medio ambiente, y se procederá a la elaboración de la respectiva línea jurisprudencial siguiendo el modelo del autor DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, descrito en la obra *El Derecho de los Jueces*, advirtiendo desde ya que fueron procesos que se adelantaron sin el decreto de medidas cautelares, como que en la mayoría de los casos, lo demandado era precisamente el acto administrativo a través del cual se suspendía la licencia o autorización dada al particular por la autoridad ambiental, y, ii) la segunda, versará con la aplicación del principio en acciones populares, pero como quiera que una buena parte de las decisiones se materializaron a través de un auto, ello dificulta la construcción de la línea jurisprudencial, mas no, el análisis de las providencias, que en últimas constituye el objetivo final.

3.1 Análisis en medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del Derecho. Línea Jurisprudencial

Desde el punto de vista judicial, la aplicación del principio de precaución ambiental se remonta al año 2002, cuando se resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral sexto del artículo primero de la Ley 99 de 1993, que consagró el referido principio. A juicio del actor, la redacción del principio de precaución ambiental, carecía de unidad de criterio porque introducía dos conceptos constitucionales y legales contrarios y antagónicos, por

cuanto de una parte, contemplaba la investigación científica para la formulación de políticas ambientales, pero, a su vez permitía que aún ante la falta de certeza, la autoridad ambiental pudiera adoptar decisiones.

En virtud de lo previsto en dicha norma, se facultó a las autoridades ambientales, para que expidieran actos administrativos a través de los cuales se pretendía, en últimas, la protección del goce de un ambiente sano, advirtiéndose que la gran mayoría de ellos, tenían relación **con una licencia ambiental ya concedida**, la cual podía ser suspendida o revocada por la propia autoridad administrativa de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 99 de 1993, ante el incumplimiento de las condiciones y exigencias establecidas en la licencia.

ARTÍCULO 62. DE LA REVOCATORIA Y SUSPENSIÓN DE LAS LICENCIAS AMBIENTALES. La autoridad ambiental, salvo los casos de emergencia, podrá mediante resolución motivada, sustentada en concepto técnico, revocar o suspender la Licencia Ambiental, los permisos, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente, cuando quiera que las condiciones y exigencias por ella establecidas no se estén cumpliendo conforme a los términos definidos en el acto de su expedición.

La revocatoria o suspensión de una Licencia Ambiental no requerirá consentimiento expreso o escrito del beneficiario de la misma.

La suspensión de obras por razones ambientales, en los casos en que lo autoriza la ley, deberá ser motivada y se ordenará cuando no exista licencia o cuando, previa verificación del

incumplimiento, no se cumplan los requisitos exigidos en la Licencia Ambiental correspondiente.

Quedan subrogados los artículos 18, 27, 28 y 29 del Decreto legislativo 2811 de 1974

Así mismo, es en virtud de lo previsto en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, que se estableció como sanción y medida preventiva la revocatoria, caducidad de la licencia ambiental, concesión, autorización o permiso, cuando se infringe la normatividad ambiental en general.

Es entonces en este escenario jurídico que se produjeron la mayoría de los actos administrativos que fueron objeto de estudio de legalidad en las sentencias que se analizarán a continuación y con las cuales se elaborará la respectiva línea jurisprudencial relacionada con las acciones contencioso administrativas a través de las cuales se estudió la legalidad de los actos administrativos expedidos por autoridades ambientales en aplicación del principio de precaución ambiental.

3.1.1 Presentación del problema jurídico y las tesis que lo resuelven

- **Problema Jurídico.** ¿La aplicación del principio de precaución ambiental cuando no existe certeza científica sobre el riesgo de daño ambiental, es violatorio de la ley y la constitución?

- **Tesis que considera que no hay vulneración.** De acuerdo con lo expuesto por la H. Corte Constitucional, la aplicación del principio de precaución ambiental por parte de las autoridades ambientales, cuando no existe certeza científica sobre el riesgo de daño ambiental, no es contraria a la constitución y la ley, como que estas deben actuar de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley en desarrollo de la constitución, en forma motivada y alejado de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

En igual sentido es la línea mayoritaria de la Sección Primera del H Consejo de Estado, donde se ha considerado que el mencionado principio se encuentra previsto en la Constitución Política, y en consecuencia, si una decisión administrativa a través de la cual se autoriza una actividad, causa riesgo potencial en el medio ambiente, resulta contraria a los mandatos constitucionales, y por tanto, la adopción de medidas precautorias por parte de las autoridades ambientales, no se torna ilegal.

3.1.2 Explicación metodológica de la línea

3.1.2.1 El Punto Arquimédico de Apoyo. La sentencia arquimédica fue seleccionada de la página web de la relatoría del H Consejo de Estado, en donde se hizo una revisión de las sentencias que fueron publicadas en los últimos años, determinando que la más reciente y la que tenía el patrón fáctico referente al problema jurídico planteado, es la dictada el día 11 de diciembre de 2013 por la Sección Primera, M.P. Guillermo Vargas Ayala, en el marco de un medio de control de nulidad, donde se atacaba un acto administrativo proferido por el Consejo Nacional de Estupefacientes a través del cual se establecía la erradicación de cultivos ilícitos por el método de aspersión aérea de glifosato.

3.1.2.2 Ingeniería de Reversa. En este segundo paso, se revisaron cada una de las sentencias citadas, tanto en la calificada como arquimédica, como las relacionadas con el principio de precaución ambiental, seleccionando aquellas que versaban con la nulidad de actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental, obteniéndose el siguiente diagrama

Figura 1. Metodología

- **Lapso Estudiado.** Como puede observarse se hizo un rastreo de las sentencias reportadas en la Relatoría del H Consejo de Estado, y sólo se mostró como resultado providencias proferidas entre los años 2002 y 2015, pese a que desde la Ley 99 de 1993 se creó la acción de nulidad contra los actos administrativos que concede licencias ambientales, que podía ser interpuesta por cualquier persona.

- **Patrón Fáctico Similar.** En las sentencias referidas, se estudia la legalidad de la aplicación del principio de precaución ambiental por parte de las autoridades ambientales, en virtud de lo previsto en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993, cuando a través de actos

administrativos se ha suspendido una licencia ambiental o se ha autorizado un procedimiento u obra que causa daño ambiental.

3.1.3 La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia

i) Sentencias Hito

Figura 2. Sentencias Hito

ii) Tesis o Argumento Principal de las Sentencias Hito

- **Sentencia Hito Fundacional de Línea: C- 293 de 2002.** En la sentencia C-293 de 2002, dictada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, se resolvió el asunto declarándose la constitucionalidad de la norma demandada, pero de una lectura de la misma, se advierte como el estudio se centró en la aplicación del principio por parte de las autoridades ambientales, y se dejó sentado que los actos administrativos que estas proferieran tenían el carácter de “excepcionales” y debían ser “motivados”, y además podían ser objeto de control a través de la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, el objeto de ataque fue el numeral sexto del artículo 1, que establece:

6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. **No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente** (Ley 99 de 1993)

Así como el artículo 85, numeral 2 que estipula las medidas preventivas que puede aplicar la autoridad administrativa dentro de un procedimiento: “**c) Suspensión de obra o actividad, cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana,** o cuando la obra o actividad se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización”. (Ley 99 de 1993)

Y se concluyó que la aplicación del principio en comentario no era contrario a las normas constitucionales, y en tratándose de la posible afectación de derechos particulares al decretarse la suspensión de una obra o actividad, se consideró que los derechos al trabajo y propiedad no se vulnerarían, como que es la propia carta que establece el interés general como predominante, así como la función social de la propiedad, y los deberes de todas las personas de proteger los recursos naturales y proteger el medio ambiente.

De conclusión se dirá que a través de este pronunciamiento, se declaró la constitucionalidad de la aplicación del principio en comentario por parte de las autoridades ambientales, toda vez que es a ellas a quienes estaba dirigida la Ley 99 de 1993; aplicación, que se concretaría en la

expedición de un acto administrativo con las formalidades legales comunes a todos, y las particulares en tratándose de este principio.

- Sentencia Fundadora de Línea en materia Contencioso Administrativo: Consejo de Estado. Sección Primera. Octubre 24 de 2002. En esta línea de pensamiento constitucional en torno al referido principio ambiental, es donde se produce la primera providencia en la jurisdicción contencioso administrativa, a través de una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027), 2002) contra un acto administrativo proferido por el Ministerio del Medio Ambiente, Resolución N.024 de enero 9 de 1996, a través del cual prohibió la construcción de un proyecto que afectaba el ecosistema de manglar del parque Nacional Old Of Providence MCBean Lagoon y su zona amortiguadora, ubicado en el municipio de Providencia Isla, Departamento de San Andrés y Santa Catalina.

Se advierte como con anterioridad, ya el Ministerio del medio Ambiente había expedido la Resolución N. 197 del 1 de marzo de 1995, a través de la cual se había ordenado una medida de Suspensión del proyecto, al advertir que el mismo había sido modificado respecto de los documentos presentados ante el INDERENA, y que en esas condiciones se podía generar impacto hacía el área del manglar con grave deterioro del mismo, por lo que además de la suspensión de las obras requirió a la demandante para que en diez días allegara los planos actualizados del proyecto, todo lo anterior, con fundamento en el principio de precaución ambiental, y al determinar que efectivamente se había producido un cambio del proyecto y de que los mismos afectaban el ecosistema del manglar del Parque Nacional Natural Old of Providence MCBean Lagoon y su Zona amortiguadora, ubicado en el municipio de Providencia

Isla, departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, decide prohibir su construcción a través del acto administrativo que es objeto de demanda.

Dicho acto administrativo fue objeto de estudio por la Sección Primera del H Consejo de Estado, quien al resolver la demanda consideró que:

Por lo tanto, la expedición de la Resolución Núm. 024, en la que se prohibió la construcción del proyecto Caribbean Village Mount Sinaí, teniendo en cuenta conceptos técnicos y el principio de precaución que rige la regulación ambiental, no vulneró las disposiciones de orden superior a que se contrae la demanda (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027), 2002)

De donde se colige que si bien la alusión que hace la providencia al principio de precaución ambiental fue lacónica, no se puede desconocer como fue el soporte de la legalidad de la resolución demandada, al determinarse que no se desbordó los límites establecidos tanto por la ley, como por la Corte Constitucional en cuanto a la aplicación de dicho principio.

En relación con esta sentencia, debe destacarse el papel activo de la autoridad ambiental en cuanto a la protección del medio ambiente, en la medida que la legalización del proyecto se inició en el año 1992, esto es con anterioridad a la Ley 99, y al entrar ésta a regir se aplicó de manera cuidadosa cada uno de los postulados en ella contenidos, en especial lo concerniente con el principio de precaución ambiental, como que con base en el estudio técnico que se presentara al Ministerio del Medio Ambiente, inicialmente se suspendió el proyecto para luego proceder a la prohibición de la construcción del mismo, lo cual implicó la revocatoria del primigenio acto administrativo que había otorgado la licencia al proyecto.

Llama la atención en el caso bajo estudio, que pese a la reciente entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 y con ella de la autorización de la aplicación del principio de precaución ambiental por parte de las autoridades administrativas ambientales, ante la posibilidad de afectación del ecosistema del manglar, con la variación del proyecto hecho por la actora sin que ello contara con la respectiva viabilidad, se decide primero, aplicar una medida precautoria de suspensión de las obras, y como quiera que se determinó que las variaciones no contaban con el aval ni autorización de ninguna autoridad ambiental y si por el contrario, con base en el informe técnico hecho por la autoridad demandada, afectaban la zona del manglar, decide prohibir definitivamente la construcción del proyecto; decisión que fue avalada por el H Consejo de Estado, quien confirmó la legalidad del acto administrativo demandado, sin necesidad de entrar a elaborar mayores argumentaciones sobre el instituto jurídico bajo estudio.

Este primer pronunciamiento del H Consejo de Estado, es posterior al primero que a su turno hizo en abril del 2002 la H. Corte Constitucional, y donde declaró la constitucionalidad del principio de precaución ambiental, de donde se infiere que es a partir entonces de dicha data que el mencionado Principio, ingresa a la palestra judicial colombiana.

- Sentencia Confirmadora de Línea: Consejo de Estado. Sección Primera. Noviembre 19 de 2009. En el año 2009, en el marco de una acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 68001-23-15-000-1999-02524-01, 2009) contra una resolución expedida por la Corporación Autónoma de la Meseta de Bucaramanga, a través de la cual se suspendió una licencia ambiental, se profirió sentencia en la cual se negó la nulidad del acto administrativo atacado.

El acto administrativo objeto de estudio de legalidad lo constituyó la Resolución 197 del 15 de marzo de 1999, a través de la cual la Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, suspendió la licencia ambiental conferida mediante la Resolución 781 del 30 de julio de 1997, a la firma SANDESOL LTDA., para la explotación de un horno incinerador. La suspensión, tuvo como fundamento fáctico, la presunta emisión de materiales particulados en concentraciones superiores a las legalmente permitidas, y se dictó en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993 y lo regulado en el artículo 34 del Decreto 1753 de 1994 que determina que en los casos de emergencia se puedan dictar las medidas preventivas reguladas en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, cuando ello sea necesario por razones de orden natural, social o de interés nacional, para proteger los recursos naturales, el medio ambiente y la salud humana.

Dicho acto administrativo estuvo precedido de la Resolución No. 0637 de 14 de Julio de 1998, mediante la cual se decretó la medida de seguridad de suspensión de funcionamiento del horno incinerador y se ordenó la apertura del proceso sancionatorio, el cual concluyó, como ya se dijo, con la expedición del acto administrativo demandado.

Para la solución del caso, se consideró que la **suspensión de la licencia**, primero, como medida precautelativa, encontraba su fuente de inspiración y justificación en el principio de precaución, el cual, según lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales y en expresas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno, constituye uno de los principios cardinales en materia de protección del medio ambiente, por lo que dichas medidas de seguridad son de aplicación inmediata y no requieren del adelantamiento previo de ninguna formalidad procesal específica, pues de lo que se trata es precisamente de defender el medio ambiente y de proteger el interés público, que son prevalentes. En lo concerniente con el principio de

precaución ambiental hace alusión en extenso a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2002 y concluye que las autoridades ambientales cuentan con la facultad de dictar actos administrativos a través de los cuales aplique medidas de seguridad, sin necesidad de ninguna formalidad específica.

En el caso sub judice, se halló que el procedimiento administrativo adelantado por la Corporación demandada, permitió observar cómo la suspensión del funcionamiento del horno incinerador de desechos hospitalarios y la orden de adelantar la correspondiente investigación, se encontraban plenamente justificadas, en razón de la existencia de los riesgos ciertos y comprobados que amenazaban la salubridad pública. En efecto, la generación de olores insoportables, derivados del almacenamiento de considerables volúmenes de desechos sólidos en la planta y la presencia de material particulado en el entorno de tales instalaciones, visible tanto en las vías públicas, como en viviendas vecinas y en el cobertizo en donde se encontraba instalado el horno, constituían razones más que suficientes para el decreto de la suspensión.

Esta providencia, constituye una confirmación de la línea adoptada por la Sección Primera del H Consejo de Estado, en tratándose de la aplicación del principio de precaución ambiental, como soporte de la expedición de actos administrativos a través de los cuales se adoptan medidas de suspensión relacionadas con licencias ambientales expedidas, cuando con las mismas se causa un riesgo al medio ambiente, advirtiéndose que fueron precisamente objeto de demanda los actos a través de los cuales la autoridad ambiental suspende o modifica una licencia, mas no, aquellos a través de los cuales se otorga la licencia ambiental.

También llama la atención que si la acción de simple nulidad contra actos administrativos relacionados con licencia ambiental está prevista de manera especial y concreta desde la Ley 99 de 1993 en su artículo 73, es evidente el mínimo uso por parte de los ciudadanos de este medio

de control judicial. El estudio realizado arrojó resultados respecto de las acciones interpuestas contra los actos administrativos donde la autoridad ambiental suspende o modifica la licencia ambiental, y contrario sensu, es mínimo el número de demandas contra el acto administrativo a través del cual se otorga una licencia ambiental, cuando pese a la expedición del mismo y su presunta legalidad, su ejecución se constituye en generador de daño ambiental, como se ha visto ocurrió en los casos estudiados.

En relación con este punto, puede pensarse, de una parte, que las medidas precautorias en sede administrativa, han sido bien utilizadas por las autoridades ambientales, y que por tal motivo, han desplazado el medio de control de nulidad frente a licencias ambientales, pero de otra parte, también es evidente que a los ciudadanos nos ha faltado el serio compromiso con la veeduría en este aspecto, y a ello se debe el mínimo o escaso número de demandas contra los citados actos administrativos.

- Sentencia Arquimédica: Consejo de Estado. Sección Primera. Diciembre 11 de 2013.

En la sentencia arquimédica, se trata una temática que para solucionarla ha acudido al principio de precaución ambiental, como es la erradicación de cultivos ilícitos mediante las aspersiones aéreas con glifosato. En esta oportunidad se resuelve una demanda de simple nulidad (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 11001-03-24-000-2004-00227-01, 2013) interpuesta por los ciudadanos Roberto Uribe Ricaurte y María Inés Guardiola contra el parágrafo 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0013 de 27 de junio de 2003, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacentes. “Por la cual se revocan las Resoluciones número 0001 de 11 de febrero de 1994 y número 0005 de 11 de agosto de 2000 y se adopta un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos”, y que como consecuencia, se ordene la

suspensión inmediata de las fumigaciones con herbicidas o agentes químicos o biológicos que puedan atentar contra la biodiversidad que se encuentra en el Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Si bien el análisis debe centrarse en lo argumentado en dicha sentencia, ocurre que en virtud de los antecedentes y consecuencias que la temática ha traído consigo, debe hacerse un estudio en conjunto con otros pronunciamientos judiciales con patrón fáctico similar, en aras de establecer sus efectos.

A partir de la anterior aclaración, se debe tener en cuenta que inicialmente en el año 2004, la solicitud de suspensión de las aspersiones aéreas de cultivos ilícitos con glifosato, que se hiciera ante el H. Consejo de Estado, no prosperó, por considerarse que no existía prueba que demostrara el daño que tal acto causaba. Este pronunciamiento de Sala Plena, es traído a colación en la sentencia arquimédica bajo estudio, y se trata de una decisión del 19 de octubre de 2004, dentro de una acción popular presentada contra el Ministerio de Medio Ambiente, con la que se pretendía se ordenara la suspensión de la aspersión con glifosato en cultivos ilícitos en aras de proteger los derechos colectivos a “gozar de un ambiente sano, de garantizar, aprovechar y restaurar los recursos naturales, las especies animales y vegetales y las diversas áreas de importancia ecológica”.

En dicha providencia se sostuvo:

De las pruebas reseñadas no se infiere, con certeza, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente; por lo contrario, hay elementos de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques

son destruidas por causa de la tala de éstos por los cultivadores ilícitos. Claro está que la aspersión debe producirse de conformidad con las pautas que señalen las autoridades ambientales, sin que deba permitirse su más leve trasgresión; razón por la cual es necesario que se lleve a cabo un control permanente con evaluaciones continuas de los efectos que puedan ir apreciándose. Sin embargo, esto no puede conducir a la suspensión de las fumigaciones, pues tal medida podría llevar al debilitamiento del Estado al tiempo que se fortalecerían los distintos grupos que se financian con el producto del tráfico de drogas, que es, sin duda alguna, flagelo para la sociedad colombiana y para toda la humanidad. No se desconoce, porque así lo evidencian las probanzas, que de todos modos hay afecciones que se causan, pero que no alcanzan la gravedad que señala la parte actora, lo que conduce a un control permanente y rígido de las fumigaciones que se llevan a cabo. Debe resaltarse que en el expediente no obra prueba alguna que acredite el incumplimiento de las medidas impuestas por Minambiente a la Dirección Nacional de Estupefacientes por Resolución 341 de 2001; (...) (Consejo de Estado, Sala Plena, Radicado No. 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP)IJ 2004)

De la providencia del 2004, se resalta que la razón básica por la que no prosperó fue porque no se infería con **certeza**, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produjera daños irreversibles al medio ambiente. Si bien el proceso dentro del cual se tomó esta decisión, fue en el marco de una acción popular, se retoma en el presente estudio, por cuanto definitivamente no se aplicó el principio de precaución ambiental, en la medida que contrario a lo preceptuado por éste, se exigió por el fallador la certeza sobre la causación del daño, lo cual en últimas denota la timidez con la que se fue abriendo paso este instituto jurídico.

Ya para el año 2013, es evidente cómo ha evolucionado la aplicación del principio en comento, y de ahí que a juicio de la Alta Corporación, se consideró en la sentencia arquimédica analizada, lo siguiente:

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, el principio de precaución se encuentra dispuesto en la Constitución Política, por consiguiente, cuando una decisión administrativa pone en riesgo un área de protección especial (derecho al medio ambiente) en tanto que autoriza una actividad que causa un riesgo potencial en el ecosistema, está desconociendo dicho principio y en consecuencia se aparta de los mandatos constitucionales que lo albergan bajo el propósito de salvaguardar bienes necesarios para el presente y futuro de la especie humana. Se trata entonces de la nulidad de un acto por la violación de normas que consagran un principio, lo cual es altamente posible si se tiene en cuenta que dichos axiomas permean todo el ordenamiento jurídico y su transgresión deviene en el desconocimiento de la Norma Superior (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 11001-03-24-000-2004-00227-01, 2013)

En dicha providencia se estudió uno a uno los elementos que integran o conforman este principio, y en punto de la incertidumbre científica del riesgo, se concluyó como

Los estudios científicos no ofrecen certidumbre respecto los riesgos que se desprenden de la aspersión aérea con glifosato en áreas de alta importancia ecológica, razón que le permite a la Sala sostener que el primero de los elementos para aplicar el principio se encuentra establecido para el asunto que aquí se discute (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 11001-03-24-000-2004-00227-01, 2013)

Es decir, se reivindica la incerteza científica como criterio de aplicación del principio de precaución ambiental.

Igualmente, se marcó la diferencia en materia probatoria en relación con los juicios típicos de responsabilidad patrimonial del Estado, donde se exige que el daño a indemnizar sea cierto, frente a la aplicación del principio de precaución, en este caso en sede de legalidad de un acto administrativo, y enfatizó que en este último evento, si resulta viable que el daño sea potencial, debido precisamente a la incertidumbre científica que se tiene frente al riesgo, y que es el criterio exigido por el principio en cita.

En conclusión, al advertir el H. Consejo de Estado que se configuraban uno a uno los elementos del principio ambiental, respecto de los cuales se hizo un estudio jurídico para descender luego al caso concreto, declaró la nulidad del párrafo 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0013 de 27 de junio de 2003 proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Esta decisión la fundamentó en la vulneración de lo dispuesto en los artículos 8, 79, 80 y 95 de la Carta Política, así como el artículo 336 literales b y c del Código de Recursos Naturales Renovables y el Decreto 2811 de 1974, todos los cuales son una clara manifestación del principio de precaución.

En efecto, advirtió la Sala que la actividad de aspersión aérea con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales conlleva un riesgo potencial al medio ambiente; riesgo sobre el cual existe incertidumbre científica cuya potencialidad ha sido evaluada científicamente, de tal forma que puede cualificarse como grave e irreversible, por lo que al realizarse el test de proporcionalidad, se llegó a la conclusión de que la medida era contraria a este principio.

Esta providencia es indicativa de la evolución en la aplicación del principio, ya que no sólo se ha tenido en cuenta en los procesos constitucionales de acciones populares, sino que también en los de simple nulidad, donde se ventila la protección del goce de un ambiente sano, lo cual constituye un gran avance. No obstante que en el caso concreto es evidente el tiempo que se tuvo que esperar para lograr un pronunciamiento semejante, si en cuenta se tiene que la demanda se radicó en el año 2004, con solicitud de medida cautelar, la cual no fue concedida y sólo hasta diciembre del año 2013 se produce la sentencia, lo cual corrobora el criterio excepcional con el que se manejaba el decreto de la única medida cautelar en vigencia del Decreto 01 de 1984, lo cual prácticamente conllevaba a que los actos administrativos, pese a su ilegalidad, mantuvieran su vigencia hasta que se profería la sentencia, debido precisamente a la exigencia de dicha medida de suspensión cautelar.

Otra de las notas a destacar de esta providencia, es el hecho que se llega a la conclusión que si bien el mencionado principio, de acuerdo a lo previsto por doctrina y jurisprudencia, se ha aplicado bajo el escenario de intervención del Estado, vale decir, cuando las autoridades ambientales en ejercicio de protección del medio ambiente han dictado medidas precautorias en defensa del derecho colectivo, como suspensión de una licencia ambiental, también es cierto que nada impide que las mismas reglas se apliquen cuando se presenta por parte del Estado un incumplimiento u omisión de sus deberes, que fue lo ocurrido en el caso bajo estudio, donde es la autoridad judicial quien lo aplica directamente para acceder a la nulidad deprecada.

En este orden de ideas, se reitera, que esta providencia, merece ser catalogada como “Arquimédica” dentro de la línea en el medio de control de nulidad, no sólo por la fecha de su expedición, sino porque en ella, como se dijo, se hizo un estudio de la evolución del principio referido. Además, porque al efectuar el estudio, se halló que con posterioridad a ella se profirió

una providencia en relación con los posibles daños causados al medio ambiente y a las personas, por la aspersión aérea con glifosato. Providencia, que si bien fue dictada dentro del medio de control de reparación directa (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicado No. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028), 2014), se analiza en este acápite en virtud de la semejanza fáctica y en punto de verificar las consecuencias de los distintos pronunciamientos judiciales en torno a la materia.

Al respecto se tiene que con la demanda se pretendía la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se produjeron sobre el cultivo de lulo –aproximadamente dos hectáreas- de propiedad del actor, por la fumigación de cultivos ilícitos ubicados en cercanías a su predio en la vía Algeciras – Balsillas, vereda Toscana, Departamento del Huila, realizada el día 15 de enero de 1999.

Si bien para efectos de resolver lo concerniente con la responsabilidad patrimonial del Estado, se acudió a los títulos de imputación respectivos, la importancia de esta sentencia para el asunto que nos concierne, versa, de una parte, con el hecho que por la erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato ha resultado condenado el Estado colombiano, lo cual posiblemente no hubiera ocurrido si el principio de precaución ambiental, se hubiese aplicado en el caso concreto con suficiente anterioridad. De otra parte, se advierte, como para la Alta Corporación ha venido adquiriendo valor argumentativo el tema ambiental; prueba de ello es que en la sentencia citada, además de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se dispuso:

Exhortar al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras

alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicado No. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028), 2014)

Lo cual denota el compromiso que por parte de los operadores judiciales se ha adquirido en esta área del derecho.

Esta orden es una muestra clara de cómo la autoridad judicial ha dado aplicación al respectivo principio, y además es consciente de lo que compete a las autoridades administrativas y ambientales en la prevención de daños. Valga aclarar, que esta sentencia se profiere en vigencia de la ley 1437 de 2011.

Del análisis efectuado, se puede inferir que resulta evidente que el Principio de Precaución Ambiental fue uno de los argumentos que motivaron las sentencias judiciales estudiadas.

Tratándose de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y Nulidad de Licencias Ambientales, en vigencia del Decreto 01 de 1984, la aplicación del principio de precaución ambiental, como soporte de medidas cautelares, resultó casi nula. La razón, obedeció a que las demandas fueron dirigidas contra actos administrativos, y la única medida cautelar posible era la suspensión provisional, y para llegar a la conclusión que los actos administrativos eran violatorios del principio de precaución ambiental, se requería una amplia carga argumentativa que desbordaba el estudio “prima facie” que podía realizar el juez, de acuerdo con el artículo 152 del C.C.A.

3.2 Análisis de la aplicación del principio de precaución ambiental en acciones populares

En esta segunda parte se procederá al análisis de las providencias dictadas en virtud de los procesos adelantados por acciones populares. Como quiera que muchas de ellas corresponden a autos a través de los cuales se decretaron medidas cautelares y otras a sentencias, se imposibilita la construcción de la línea, por lo que se hará el estudio y análisis de cada una de ellas, de cara a la evolución que el principio de precaución ambiental ha tenido en estas clases de acciones.

En efecto, con la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998 se presentaron un gran número de acciones populares, muchas de las cuales buscaban la protección del derecho colectivo al goce de un ambiente sano, en relación con la prestación de los servicios públicos por parte de las entidades encargadas, advirtiéndose que como para dicho momento no existían aún los Juzgados Administrativos, el competente para tramitarlas en primera instancia era el respectivo Tribunal Administrativo, y la segunda instancia la hacía el H Consejo de Estado.

Al resolver dichas apelaciones, el estudio reportó que si bien en el periodo 2003-2005 no fueron muchas las decisiones en las que se aplicó el principio de precaución ambiental, no es menos cierto que si se hallaron algunas donde se hizo alusión al mismo.

Así mismo, durante los años 2006 a 2011, no se halló providencia en ejercicio de esta acción emitida por el H Consejo de Estado. La razón obedeció al hecho que en el año 2006 entraron en funcionamiento los Juzgados Administrativos, y correspondió a ellos adelantar la primera instancia de estas acciones, en tanto que la segunda correspondía a los Tribunales Administrativos. Ya para el año 2011, se atribuye a los Tribunales Administrativos la competencia para conocer nuevamente en primera instancia de estas acciones constitucionales,

donde figure como accionado una entidad del orden nacional, por lo que a partir del año 2012 se retoma la producción jurídica sobre la materia objeto de investigación.

En este orden de ideas, por razones metodológicas, el estudio se realizó en torno a estos dos periodos.

3.2.1 Primer periodo: Providencias durante el periodo 2003-2005. En septiembre de 2003 (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No54001-23-31-000-2002-00481-01(AP-800), 2003), se decidió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Ocaña contra la sentencia de septiembre 5 de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se protegieron los derechos colectivos invocados por la actora en el sentido de garantizar el acceso a una infraestructura de servicios públicos que proporcionara la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Si bien se revocó la sentencia de primer grado que había amparado los derechos invocados, se dispuso proferir una orden, precisamente en aplicación del principio de precaución ambiental, al considerar que el mismo exige privilegiar el mantenimiento y la preservación de los ecosistemas y los entornos naturales frente a la exigibilidad de ciertos derechos de explotación económica.

La orden fue del siguiente tenor:

SEGUNDO. En aplicación del principio de precaución ambiental, previsto en el numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, en concordancia con los numerales 4 y 5 ibídem, se dispone:

ORDENASE a la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña – ESPO S.A., que en cumplimiento de la cláusula quinta del contrato de arrendamiento que suscribió con el municipio de Ocaña, realice por su cuenta, de inmediato y de manera permanente, las acciones de mantenimiento requeridas para conservar libre de sólidos y malezas los cauces identificados en este proceso utilizados como desagües del sistema de alcantarillado del sector, mientras se ejecutan las obras del Plan Maestro en mención para la conducción adecuada de las respectivas aguas residuales (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No54001-23-31-000-2002-00481-01(AP-800), 2003)

Lo anterior, al considerar que la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña - ESPO S.A., según la cláusula quinta del contrato de arrendamiento que suscribió con el Municipio de Ocaña, tenía la obligación de costear por su cuenta las acciones de mantenimiento requeridas para garantizar la operación continua de los activos de acueducto y alcantarillado que recibe en calidad de arrendamiento, por lo que el estado de las correntías le era imputable a ella, pues era evidente que se debía a falta de mantenimiento de los respectivos canales o cauces, ya que se encontraban llenos de desechos, basuras y malezas, y por tal motivo se dispuso que dicha empresa debía adelantar de inmediato y con la frecuencia necesaria, las labores de mantenimiento a que estaba obligada según el referido contrato, para evitar que se acumularan sólidos que obstruyeran las corrientes respectivas.

En relación con esta orden, se tiene que si bien el tiempo transcurrido en el trámite del proceso no fue prolongado, en la medida que la demanda se radicó en el año 2002 y la segunda instancia es de septiembre de 2003, si se advierte que la mentada orden de mantenimiento a los canales o cauces de las aguas, **se pudo haber verificado con antelación como medida**

cautelar, pues que era evidente que los mismos se encontraban llenos de maleza y basura por lo que se obstruían las corrientes respectivas, y esto unido a la descomposición de dichas aguas, dada su condición de aguas residuales o negras vertidas por las viviendas, generaba daños ambientales, que se pudieron haber evitado.

Esta sentencia confirma que efectivamente, el principio de precaución ambiental ingresó como argumento de las providencias judiciales en la jurisdicción contencioso administrativa, a partir del año 2003.

Para los años 2003 y 2005 se profieren dos sentencias dentro de las acciones populares presentadas tendientes a lograr, entre otros, la reubicación de los Mataderos Municipales de Jenesano (Boyacá) y Coello (Tolima), por la presunta vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, entre otros.

En la primera de ellas, de fecha 24 de julio de 2003, si bien en primera instancia se negaron las pretensiones, lo cual fue confirmado por el H. Consejo de Estado en la providencia objeto de estudio, se advierte como ante la posible ocurrencia de un daño por el vertimiento de las aguas, se dispone dar unas órdenes a las entidades encargadas, en aplicación del principio de precaución. El texto es como sigue:

En estas condiciones conviene aplicar el principio de precaución ambiental, ya que ante la posibilidad de crecimiento de la actividad del matadero su impacto puede llegar a ser de interés ambiental y es factible que su forma de operación llegue a afectar las condiciones de higiene de la carne que allí se procesa, no obstante que no obra prueba en el proceso de que actualmente se hubieren afectado, evento que obliga a precaver daños, según el principio señalado en el numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993, en concordancia con los numerales 4 y 5 ibídem,

amén de que el principio pro natura exige privilegiar el mantenimiento y la preservación de los ecosistemas y los entornos naturales frente a la exigibilidad de ciertos derechos de explotación económica, mientras las condiciones económicas del municipio le permiten concretar la solución definitiva del problema que el mismo tiene proyectada, **consistente en trasladar el matadero al área rural con los sistemas de tratamiento y medidas de manejo requeridas** (folio 95), sobre lo cual, en el expediente obra una evaluación de CORPOCHIVOR del terreno escogido para la obra (folios 88 y 89). (Negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas la Sala confirmará la sentencia apelada pero dispondrá que el municipio le imponga al concesionario del matadero que utilice la red de rieles de colgado de la carne para el corte de la misma de modo que en adelante se abstenga de hacerlo en el piso, para lo cual deberá acondicionar de inmediato dichos rieles con los accesorios necesarios para ello, especialmente los ganchos para colgarla, de los cuales carecen según testimonio del señor Fredy Hernando Medina Medina (folio 125); y que CORPOCHIVOR le señale un sistema interno de tratamiento de las aguas residuales que el concesionario del matadero deberá construir lo más pronto posible. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No 15001-23-31-000-2001-02992-01(AP), 2003)

En similar sentido es el pronunciamiento del 10 de marzo de 2005, dentro de la Acción Popular instaurada para lograr la adecuación de la planta de sacrificio o construcción de un Matadero Municipal en Coello (Tolima). Las pretensiones fueron negadas por las dos instancias, pero ante la posibilidad de un riesgo ambiental, se consideró:

En estas condiciones conviene aplicar **el principio de precaución ambiental**, ya que ante la posibilidad de crecimiento de la actividad del matadero su impacto puede llegar a ser de interés ambiental y es factible que su forma de operación llegue a afectar las condiciones de higiene de la carne que allí se procesa, evento que obliga a precaver daños, según el principio señalado en el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, en concordancia con los numerales 4 y 5 ibídem, amén de que el principio pro natura exige privilegiar el mantenimiento y la preservación de los ecosistemas y los entornos naturales frente a la exigibilidad de ciertos derechos de explotación económica, mientras las condiciones económicas del municipio le permiten concretar la solución definitiva del problema que el mismo tiene proyectada, consistente en **culminar la construcción del matadero en el área rural con los sistemas de tratamiento y medidas de manejo requeridas** (Negrillas fuera de texto) (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 73001-23-31-000-2002-01409-01(AP), 2005)

En ese orden de ideas la Sala confirmará la sentencia apelada, pero exhortará a las autoridades municipales **para que establezcan la prioridad que corresponda a la finalización de la construcción del nuevo matadero dentro de los gastos futuros de inversión del municipio**, teniendo en cuenta que se trata de situaciones que implican procesos complejos desde diversos puntos de vista, empezando porque involucran la intervención de diversas autoridades, el estudio de muchas variables y componentes, consideraciones de distinta naturaleza (de conveniencia, técnico ambientales, jurídicas, administrativas, financieras, de diseño, etc.), todo lo cual exige conocimientos específicos y trámites difíciles de someter a tiempos fijos e improrrogables, además de escapar al juez de la presente acción, más cuando en el plenario no existen los fundamentos mínimos necesarios para proveer en cualquier sentido

sobre los tópicos que son del caso, además de que ello es del resorte de las autoridades administrativas y ambientales competentes, que se presumen son las idóneas para el manejo de cada aspecto relacionado con el problema (Negrillas fuera de texto) (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 73001-23-31-000-2002-01409-01(AP), 2005)

Llama la atención que ante la eventual protección de los derechos colectivos invocados se hace ponderación en relación con las consecuencias económicas del municipio para la construcción de las obras necesarias para el adecuado funcionamiento de los mataderos municipales, lo cual como vimos en el segundo capítulo al hablar o invocar el in dubio pro natura, no se requiere hacer esta ponderación, como que el principio ya se inclinó precisamente por la protección del medio ambiente. Sin embargo, en esta providencia se hizo dicho análisis, y precisamente en atención a las consecuencias de tipo fiscal y a otras razones de índole probatoria, fue que no se protegió el derecho colectivo, y simplemente se hizo una exhortación en la sentencia de segunda instancia.

Sobre el punto dijo el H Consejo de Estado:

Con respecto a la protección de los derechos e intereses colectivos, estima la Sala que, además de entrar a examinar su posible violación y la solución correspondiente, ha de consultarse, así mismo, la capacidad de los entes territoriales frente a la realidad del país, su desarrollo, la amplitud y cobertura de los servicios públicos, etc., con miras a establecer y realizar, hasta donde la condición socioeconómica permita, las obras requeridas como solución al derecho colectivo afectado, sometidas tales gestiones a los recursos financieros, humanos y

tecnológicos indispensables, pero que a su vez, se hallen disponibles (Consejo de estado, Sección Primera, Radicado No. 73001-23-31-000-2002-01409-01(AP), 2005)

Estas dos providencias que, por razones metodológicas analizamos en conjunto, muestran como para esas datas el H Consejo de Estado tenía claro lo concerniente con la aplicación del principio de precaución, y si bien en las mismas no sirvió de soporte para la protección de los derechos colectivos, los cuales no se consideraron vulnerados, si sirvió al menos para que a las autoridades administrativas competentes se les exhortara a fin de que adelantaran las actuaciones pertinentes para lograr la finalización de la construcción del Matadero Municipal, y se aplicaran medidas de higiene y sanidad para evitar daños tanto al ambiente como a la comunidad consumidora, esto por cuanto los procedimientos adelantados para el sacrificio de ganado y el vertimiento de las aguas residuales, en especial en el Municipio de Jenesano, no eran los adecuados.

Con base en lo anterior, se colige como en tratándose de acciones populares, la primera providencia que dictó el Alto Tribunal, donde se hace alusión al principio ambiental en comento, data de julio del año 2003, advirtiéndose que ello ocurrió en etapa de sentencia, precisamente porque pese a que existían las medidas cautelares previstas en la Ley 472 de 1998, su decreto era excepcional, tal como se analizó en el primer capítulo.

Ahora bien, ya en lo concerniente con la aplicación del mencionado principio, pero como soporte de una medida cautelar, es de resaltar la providencia del 29 de julio de 2004 (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 15001-23-31-000-2003-0285-01(AP), 2004), a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra el auto dictado

por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio del cual se decretó una medida cautelar consistente en ordenar a los demandados:

...se abstengan provisionalmente, en lo que a cada uno de ellos corresponde en el ámbito de su jurisdicción dentro del departamento de Boyacá, de autorizar, ordenar o permitir el almacenamiento en la ciudad de Tunja de aproximadamente 160 toneladas de plaguicidas y de 90 toneladas de material contaminado procedente del corregimiento Caracolito, municipio El Copey, departamento del Cesar (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 15001-23-31-000-2003-0285-01(AP), 2004)

El fundamento de la decisión radicó en que se consideró que

...la medida cautelar responde al principio de precaución ambiental, y todo tipo de recaudo probatorio tendiente a determinar la posibilidad de la entrada de materiales tóxicos al departamento de Boyacá para ser incinerados en los hornos de “Cementos Boyacá” deberán ser valorados en el fallo y entre tanto deberá ser confirmada la medida cautelar impuesta para evitar la posibilidad de un daño permanente en el medio ambiente (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 15001-23-31-000-2003-0285-01(AP), 2004)

De dicha providencia, no sólo se destaca que es la primera en la que se acude al principio de precaución ambiental para decretar una cautela para la protección de los derechos colectivos invocados, sino que además se resalta el hecho de que el a quo, Tribunal de Boyacá, al resolver lo concerniente con la medida, esto es en diciembre de 2003, si bien no accedió a las solicitadas

por la parte actora, decretó de oficio la que consideró protegía más el interés colectivo, por lo que sin lugar a dudas podemos catalogar este auto como un verdadero ejecutor del principio de precaución ambiental y la cautela judicial efectiva.

Si bien la argumentación de la providencia no es extensa, si se advierte como en el recurso se alegaba la ausencia de concepto técnico científico sobre los posibles daños, por lo que el soporte sustantivo del decreto de la medida fue el principio de precaución ambiental, y en relación con los elementos de la medida cautelar estudiados en el primer capítulo, se tiene como el *periculum in mora* fue determinante, al evidenciar los juzgadores que se debía evitar la posibilidad de un daño permanente en el medio ambiente, lo cual se traduce en que también se tuvo en cuenta el otro elemento, y se consideró que con la prueba allegada se vislumbraba esa apariencia de buen derecho, o esa alta probabilidad de la prosperidad de la pretensión.

3.2.2 Segundo período: 2012-2015. En noviembre de 2012 se resuelve el recurso de apelación interpuesto por R.E.M. INTERNATIONAL C.I.S.A. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP), 2012), contra la providencia de 14 de julio de 2011, por la cual el Tribunal Administrativo del Chocó, admitió la demanda y decretó la medida previa solicitada.

Los hechos que fundamentaron la acción, consistían en que la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (CORDECHOCO), mediante Resolución N° 2293 de 2006 (31 de octubre), autorizó al CONSEJO COMUNITARIO GENERAL DE LA COSTA PACIFICA DEL NORTE DEL CHOCO “LOS DELFINES”, el aprovechamiento forestal persistente comunitario en un bosque natural heterogéneo ubicado en jurisdicción del corregimiento de Mecana, municipio de Bahía Solano, departamento del Chocó, consistente en la

extracción de recursos maderables y no maderables provenientes de la flora silvestre y de las plantaciones forestales. Aprovechamiento forestal, que se consideraba constituía amenaza para el medio ambiente.

El estudio se centró en determinar si el material probatorio que obraba era suficiente para evidenciar la presencia de un peligro inminente que justificara la medida previa, y al resolver la apelación, consideró la Sección Primera del H. Consejo de Estado que se configuraban los supuestos de la Ley 472 de 1998 para la procedencia de la medida preventiva como mecanismo para prever, prevenir o reducir al mínimo los impactos ambientales y mitigar sus efectos adversos, pues, a juicio de la Sala, el aprovechamiento forestal dispuesto por la Resolución No. 2293 de 2006, constituía una amenaza para el medio ambiente, pues según lo señalado por el informe técnico contenido en la Resolución 0096 de 2011 por la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ejerce temporalmente el conocimiento de los asuntos asignados a CODECHOCO, no se estaba dando cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas en el plan de manejo forestal al momento de otorgar el permiso de aprovechamiento, por lo que dicho informe permitía constatar que no se habían realizado las labores de reforestación, regeneración de la naturaleza y enriquecimiento vegetal, y se había omitido realizar las acciones pertinentes para proteger los recursos de agua y las especies vegetales que no fueron autorizadas dentro del aprovechamiento.

Por modo y manera que concluyen que el aprovechamiento forestal adelantado por la demandada si constituía una amenaza al equilibrio ambiental, pues generaba la posibilidad de grandes perjuicios y no beneficiaba la conservación de los recursos, y se hizo énfasis que se configuraban los supuestos para la procedencia de la medida preventiva, como mecanismo para prever, prevenir o reducir al mínimo los impactos ambientales y mitigar sus efectos adversos.

En efecto, en relación con la apariencia de buen derecho, se consideró que con el concepto emitido por personal del Ministerio del Medio Ambiente, se demostraba que el CONSEJO COMUNITARIO GENERAL DE LA COSTA PACIFICA DEL NORTE DEL CHOCÒ “LOS DELFINES” y REM INTERNACIONAL C.I.S.A., habían realizado actividades que ocasionaban impactos negativos sobre el suelo, la vegetación, la fauna y el paisaje con efectos globales perjudiciales para el patrimonio ecológico, que podía conllevar a la disminución de las especies florísticas, y así mismo, en cuanto al peligro en la demora, que resultaba necesario evitar un daño mayor y cesar el que se hubiese causado.

Este pronunciamiento, también merece ser resaltado, pues, como se ha visto, en tratándose de medidas cautelares es más incipiente la producción judicial, por lo que en las consideraciones se hace un estudio detallado con una estructura didáctica de la finalidad de las medidas cautelares en la Ley 472 de 1998, así como la normativa concerniente al Principio de Precaución, para arribar a la conclusión que en el caso concreto ante la demostración de la inminencia del daño, resultaba viable la medida cautelar decretada y ordena suspender toda actividad de aprovechamiento forestal, de donde se colige que se tuvieron en cuenta los presupuestos establecidos por la doctrina en medidas cautelares, y que si bien no se enunciaron de la forma técnica prevista, si se advierte su presencia en la providencia de marras.

Bajo esta misma línea argumentativa se produjo la providencia del 2 de mayo de 2013 (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 68001-23-31-000-2012-00104-01(AP)A, 2013), mediante la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Sociedad Hernández Gómez Constructora S.A., contra el auto de 27 de abril de 2012, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander concedió la medida cautelar solicitada por el

demandante y, en consecuencia, ordenó al recurrente “suspender cualquier tipo de construcción o intervención que se esté ejecutando en el denominado “Parque la Arboleda” ubicado en la calle 38 con carrera 26...”.

En efecto, se consideró que al constatar

...que la obra de construcción adelantada por la sociedad H.G. Constructora S.A., si bien efectivamente se está llevando a cabo en la ubicación y delimitación contenida en la licencia de construcción conferida, lo que no es suficiente para descartar la amenaza que dicha construcción puede significar en contra del recurso ambiental comprendido en el Parque La Arboleda, por lo que, resulta pertinente mantener la medida preventiva adoptada por el a quo, pues si bien no existe plena certeza técnica de la afectación alegada por los actores, sí existen indicios que, de conformidad con el principio de precaución anteriormente aludido, permiten suponer que la zona ambiental es objeto de un posible peligro irremediable (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 68001-23-31-000-2012-00104-01(AP)A, 2013),

Por lo que concluyó que si bien la referida violación de derechos colectivos aludida por los accionantes invocada en la demanda, no se encontraba plenamente acreditada en la actuación, del material probatorio sí resultaba posible advertir la amenaza que enfrenta el recurso ambiental objeto de la presente acción, y en aplicación del principio de precaución se confirmó la medida cautelar decretada.

Al respecto, se tiene que en virtud de la aplicación del principio de precaución ambiental como soporte de la medida, el recurso al igual que los ya analizados, se fundaba precisamente en la ausencia de plena certeza técnica de la afectación que podía sufrir el Parque La Arboleda de Girón, con la construcción adelantada, lo cual denota que para esas datas el elemento de la

incerteza científica, era prácticamente desconocido en la comunidad jurídica y se consideraba como exabrupto jurídico decretar una medida cautelar con base en el mismo, de ahí que en la motivación de las providencias se hacía una explicación muy didáctica de este principio.

En lo referente a los presupuestos de la medida, se tiene como precisamente se consideró que existía apariencia de buen derecho, en la medida que habían indicios que permitían suponer que la zona ambiental podía ser objeto de un posible peligro irremediable, tal como lo revelaban las fotografías y planos allegados por los actores, y en consecuencia, se anticipó su protección (*periculum in mora*), al advertir que resultaba muy probable la destrucción del Parque la Arboleda, considerado como reserva ecológica.

Con la ponencia de la Magistrada María Claudia Rojas Lasso, encontramos otra providencia (Consejo de Estado, Radicado No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP), 2013) de gran interés jurídico y social para los habitantes de la capital del país, referida a la protección de la reserva forestal de los cerros orientales; sentencia dictada dentro de una acción popular en la que en primera instancia se amparó los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la protección de áreas de especial importancia ecológica y de sus ecosistemas y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, pues consideró que la reserva forestal protectora de los cerros orientales se veía gravemente afectada por las acciones y omisiones adelantadas por las entidades demandadas, todo ello bajo el hecho que la reserva forestal constituía una fuente de gran importancia ambiental en el Distrito Capital.

Sin lugar a dudas esta providencia es de gran riqueza normativa y jurídica por cuanto en ella no sólo se resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, sino que además, se resolvió lo concerniente con

las medidas cautelares decretadas mediante auto del 1 de junio de 2005, y respecto de las cuales no se había resuelto hasta ese momento, la alzada interpuesta.

En sus consideraciones se hizo una alusión y explicación amplia del principio de precaución ambiental y se enfatizó que el fallo apuntaría al respeto y aplicabilidad del mismo.

Se advierte que en el trámite de este proceso se decretaron en el año 2005, dos medidas cautelares: i) suspender cualquier actuación administrativa y cualquier obra de urbanización o construcción en la zona de 973 hectáreas que había sido excluida de la Reserva por la Resolución 463 de 2005 (14 de abril), lo cual fue acogido mediante auto del 1 de junio de 2005, y ii) Mediante auto de 29 noviembre de 2005, y en atención a las solicitudes presentadas por la actora y por el DAMA, el a quo suspendió provisionalmente la Resolución 1582 de 2005 (26 de octubre), expedida por el Ministerio de Ambiente, mediante la cual se interpretó el parágrafo del artículo 5° de la Resolución 463 de 2005 (14 de abril).

En lo concerniente con la suspensión de la Resolución 1582 de 2005, a través de la cual se interpretó el parágrafo del artículo 5 de la Resolución 463 de 2005, se consideró al momento de resolver el recurso de apelación, que la misma se debía revocar, por cuanto si bien al momento de decretarla se había hecho en aplicación del principio de precaución ambiental, el cual se consideró ajustado a derecho, para el momento de la sentencia, se verificó que en virtud de la cautela se habían producido situaciones de hecho, pues, de conformidad con la Resolución 1582 de 2005, el Ministerio de Ambiente buscó subsanar una situación irregular, protegiendo derechos adquiridos que estaban siendo perturbados por la interpretación exegética que la administración estaba dando al parágrafo del artículo 5° de la Resolución 463 de 2005 (14 de abril), por cuanto la mentada Resolución buscó convalidar la realización de obras y construcciones dentro de la franja de adecuación que había sido excluida de la Reserva Forestal Bosque Oriente de Bogotá,

buscando que los habitantes que tenían derechos adquiridos en dicha área pudieran gozar de ellos en forma pacífica.

Pero como dicha medida cautelar adoptada impidió que los habitantes de dicho sector pudieran gozar de servicios públicos, ello conllevó a crear situaciones extralegales, como improvisación de alcantarillado, motivo por el cual se levantó la suspensión "...aun cuando constata que al decretarla el Tribunal aplicó correctamente el principio de precaución, que obliga a la adopción de medidas ambientales protectoras así no se cuente todavía con una prueba científica de riesgo".

Y en relación con las medidas cautelares que se habían decretado por el a quo, consistentes en (i) suspender la exclusión de la franja de adecuación del área de reserva forestal; (ii) suspender la tramitación y otorgamiento de permisos y licencias en estas; y (iii) prohibir construcciones en la franja de adecuación, consideró que como se ciñeron estrictamente a los principios de "peligro por el paso del tiempo" y "apariencia de buen derecho", eran adecuadas.

Y se dijo que en el caso concreto,

...en las medidas ordenadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca existió un fundamento de veracidad acerca de la vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró la acción. Adicionalmente, tuvieron en mente el riesgo contingente o daño potencial que, de no adoptarse, podría sobrevenir y agravar la vulneración, ante la imposibilidad práctica de acelerar la producción del fallo definitivo (Consejo de Estado, Radicado No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP), 2013)

Pero como quiera que se probó con fundamento en la diligencia de inspección judicial que en virtud de la suspensión de la Resolución 463 de 2005, se estaba afectando el medio ambiente, la salubridad pública y el acceso a una infraestructura que garantice la salubridad pública, como que las redes improvisadas de acueducto y alcantarillado estaban produciendo un impacto ambiental negativo en el ecosistema y la medida cautelar decretada por el a quo estaba impidiendo la adecuada prestación de los servicios públicos a los habitantes que residen en la franja de adecuación creada mediante la Resolución 463 de 2005 (14 de abril), se levantó la suspensión provisional decretada sobre esta resolución.

Llama la atención que la decisión es **producto de una ponderación de derechos** a través de la cual busca una conciliación entre la protección al medio ambiente y el desarrollo económico y social. Ponderación, que como dijimos no resulta viable cuando de aplicar el principio de precaución se trata, como que la misma debe resolverse en pro del medio ambiente. Así mismo, fue determinante para la adopción de la decisión de levantar las medidas cautelares decretadas, el equilibrio que se pretendió lograr entre los derechos adquiridos por los residentes del sector y la preservación de la reserva, en la medida que la suspensión de las Resoluciones había negado a los ya habitantes del sector obtener la prestación de los servicios públicos, por cuanto se había suspendido cualquier autorización al respecto, por lo que se aplicó la equidad como orientador de la decisión judicial.

Ahora bien, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se cuenta con un auto (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00941-01(AP), dictado en virtud de la apelación impetrada contra el auto de 3 de julio de 2013, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia (Sala Primera de Oralidad) admitió la demanda de acción popular y decretó como medida cautelar de urgencia la suspensión de la tala de árboles autorizada por la

Resolución No. 130AS-1210-1752 de 2012 (17 de octubre), expedida por la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – CORANTIOQUIA.

Al resolver la alzada se determinó que si bien la referida violación de derechos colectivos aludida por los accionantes en la demanda no se encontraba plenamente acreditada, del material probatorio sí resultaba posible advertir la amenaza que enfrenta el recurso ambiental objeto de la presente acción, siendo entonces pertinente mantener la medida preventiva adoptada por el a quo, pues pese a no existir plena certeza técnica de la afectación alegada por los actores, sí existen indicios que, de conformidad con el principio de precaución, permiten suponer que la zona ambiental es objeto de un posible peligro irremediable.

Se advierte como se hizo un estudio de los presupuestos que se exigen tanto en la Ley 472 de 1998 como en la Ley 1437 de 2011 y concluyó que en tratándose de la protección de derechos colectivos, se deben armonizar las dos regulaciones y si bien no se hizo alusión concreta a cada uno de los presupuestos de las medidas, esto es peligro en la demora y apariencia de buen derecho, si se tiene como la amenaza de daño ambiental fue determinante para el decreto y confirmación de la medida, por lo que sin lugar a dudas se hizo más énfasis en la verificación de los presupuestos del principio de precaución ambiental, lo cual no significa que no se configuraran los previstos en las referidas leyes, como que precisamente ese peligro por el daño que se podía causar, de no adoptar medidas, fue el argumento central de la providencia.

Además, consideraron que, revocar la medida cautelar, sería equivalente a negar la protección y dejar sin objeto la acción popular. Posición, que se acompasa con todo lo estudiado a lo largo del presente trabajo de investigación.

En febrero del año 2014 se profirió otra sentencia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicado No. 76001-23-31-000-2003-00002-01(AP), 2014) dentro de una acción

popular, y al resolver el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE E.S.P, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 6 de agosto de 2004, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones del accionante, se decidió confirmar la protección y extender la orden impartida.

De las consideraciones se destaca cómo el soporte tanto para la confirmación de las órdenes dadas, como para su modificación, obedeció a la aplicación de los principios de prevención y precaución, esta vez enfocados no desde el punto de vista ambiental, sino desde el punto de vista de la prevención de desastres, tema que fue regulado expresamente por la Ley .

En el caso concreto las redes de energía eléctrica y de teléfonos se encontraban adosadas a las fachadas de las viviendas ubicadas en la calle 15bN entre avenidas 9aN y 10N del barrio Granada de la ciudad de Cali. En la sentencia de primera instancia se ordenó a las Empresas Públicas Municipales de CALI que, en un término de tres meses, realizara el diseño y construcción subterráneo de las redes. Al resolver la segunda instancia, se confirmó la protección, pero se modificó la orden en el sentido que de comprobarse a través del comité de verificación que las redes aéreas construidas por la demandada durante el trámite del proceso, cumplen los criterios señalados en esta providencia, se entienda que con la sustitución de las redes ya efectuada es suficiente para amparar los derechos cuya vulneración se acreditó en este proceso. Ello, por cuanto de lo que se trata es de prevenir desastres.

Como se dijo, no se trató de un tema que involucrara el medio ambiente, por lo que se resalta la acogida que ha tenido el principio de precaución, para constituirse en argumento central de aquellas decisiones judiciales que buscan prevenir peligros de daño, en este caso, de desastres.

Sí se advierte como la congestión judicial fue determinante en este proceso, como que la demanda se presentó en el año 2003, se dictó sentencia de primera instancia en el año 2004, en

tanto que el recurso de apelación fue resuelto hasta el año 2014, por lo que ante el peligro que se corría, si hubiese sido efectiva una medida cautelar cuyo cumplimiento hubiese sido inmediato, contrario a la ejecución de las órdenes dictadas en sentencia y contra las que se interpone recurso de apelación, en la medida que se concede en el efecto suspensivo, por lo que se tuvo que esperar 10 años para adoptar las medidas pertinentes. Es en casos como éste, donde resulta evidente la necesidad del decreto de medidas cautelares.

En el año 2015 se profiere sentencia de segunda instancia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicado No. 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP), 2015), dentro de una acción popular en la cual también es fundamental la remisión al principio de precaución, para la solución del caso concreto. Como hechos se afirmaba que la empresa SAP Agregados S.A. estaba causando daño ecológico a la “Isla del Sol”, ubicada en el sector del municipio de Ricaurte, por la explotación minera. Se imputa a la administración municipal de la época, la aprobación del esquema de ordenamiento territorial y la modificación del uso del suelo, el cual pasó de ser turístico a industrial, dando lugar a la afectación de la economía de la localidad, “a favor de un particular”. También se sostiene que la firma en mención desvió el cauce del río Magdalena, “para poder instalar una banda transportadora en la “Isla del Amor” (sic) y una draga que hasta la fecha se encuentra en el sitio”, así como se da cuenta de que la modificación del cauce impidió que las aguas ingresaran por el costado, al tiempo que permitía que llegara con más fuerza a las riveras de la Isla del Sol.

Se censuró la conducta omisiva de la autoridad ambiental en el caso concreto, toda vez que estaba obligada a tomar medidas definitivas para que cesara la conducta infractora y constante de la Sociedad SAP Agregados S.A., quien realizó construcciones sobre el cauce del río Magdalena sin contar con la autorización legal requerida, pese a que de acuerdo con la legislación vigente se

exigía la misma para toda ocupación de cauces. Lo anterior, precisamente en virtud de las facultades de revocar o suspender licencias ambientales ante el incumplimiento del beneficiario, como se vio en el segundo capítulo y se ha analizado en el presente.

Al verificarse por la autoridad ambiental la ocupación del Río Magdalena y desvío de cauce, se dispuso por parte de la CAR, el 31 de octubre de 2007 decretar medida preventiva de las obras que se estaban adelantando, hasta cuando se obtuviera el respectivo permiso, se apertura proceso sancionatorio y se formuló pliego de cargos, pero el 28 de enero de 2014 levantó la medida por cuanto ya se estaba tramitando el permiso ante la ANLA, pese a que las actividades mineras continuaban.

Por lo anterior, consideró el H. Consejo de Estado que se había presentado vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, pues se demostró que las entidades demandadas, amén de no ejercer sus facultades constitucionales y legales y no adoptar medidas definitivas, dieron lugar a que la conducta infractora continuara y adoptara apariencia de legalidad, como que se configuraban los presupuestos para proceder a revocar o suspender la licencia ambiental, por incumplimiento del beneficiario.

Así mismo, y en punto del principio de precaución se consideró que precisamente el deber de prevenir daños ambientales y deterioro se puede cumplir a través del otorgamiento, modificación o cancelación de licencias ambientales

Al respecto, se tiene que la demanda fue presentada en octubre del año 2010 y se solicitó como medida cautelar la cesación de las excavaciones con maquinaria pesada de explotación minera, hasta tanto se contara con la licencia ambiental. Mediante auto de 3 de febrero de 2011, el Juzgado Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot admitió la demanda y decretó la medida cautelar solicitada. El 28 del mismo mes y año, la Alcaldía del municipio de

Ricaurte suspendió de manera inmediata las actividades de excavación y explotación minera en el sector de la Isla del Sol. El 14 de marzo siguiente, se levantó la medida.

De lo anterior se infiere que en el caso concreto de acuerdo con las pruebas que se practicaron si resultaba viable y necesaria la medida cautelar, como quiera que se continuaron adelantando las excavaciones sin contar con la licencia ambiental respectiva, lo cual generó daños a los derechos colectivos invocados, que se pudieron haber aminorado.

Ello, por cuanto como lo dijo el H Consejo de Estado, para que la protección ambiental proceda no resulta necesario contar con elementos probatorios sobre un daño cierto al río Magdalena, en el lugar de la explotación minera adelantada por la sociedad SAP Agregados S.A., pues bastan los informes técnicos, acorde con los cuales se requiere la licencia, pues el daño se podría presentar y ello obliga a evitarlo, así no se conozca con certeza su ocurrencia, y enfatiza, que en situaciones como la que se presenta en el sub lite, se resalta el carácter o naturaleza preventiva de la acción popular para evitar la consumación de un daño, riesgo o peligro contingente de mayor entidad, lo cual se repite, se hubiese efectivizado de antemano, con la medida cautelar primigeniamente decretada.

En febrero de 2015, se dicta el auto (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A, 2015) que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS contra el auto del 30 de octubre de 2014, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Casanare decretó como medida previa la suspensión transitoria de cualquier actividad de la industria de petróleo que esté ejecutando o tenga previsto ejecutar PAREX RESOURCES COLOMBIA Ltda., dentro del área de reserva de la microcuenca del caño San Miguel, acorde con la delimitación trazada por CORPORINOQUÍA en la Resolución No. 200.41.11.0379 de 2011.

La Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria de Yopal interpuso acción popular contra CORPORINOQUÍA y la ANLA por el potencial daño que podría representar para el medio ambiente el desarrollo de la actividad petrolera en las inmediaciones del caño San Miguel. Debido a su valor ecológico y a su importancia para el abastecimiento de agua potable a diferentes acueductos del Departamento de Casanare, solicita la protección de los derechos colectivos al goce, protección y defensa de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad públicas, a la seguridad de los bienes de uso público y al paisaje como patrimonio común.

En adición a lo anterior la demandante solicita el decreto de una medida cautelar consistente en “la suspensión de cualquier actividad de prospección, exploración o explotación de hidrocarburos en el área denominada microcuenca del caño San Miguel, hasta tanto la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales tome los correctivos necesarios y expida el correspondiente acto administrativo”. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A, 2015)

Medida que fue dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare, y objeto de revocatoria por parte del H Consejo de Estado, al considerar que en el caso concreto no resultaba viable acudir al principio de precaución para ordenar la medida.

Consideró el Consejo de Estado, que aun cuando el mencionado principio está llamado a operar en supuestos de riesgos potenciales o inciertos, **de ningún modo puede dar lugar a determinaciones arbitrarias, apresuradas o ligeras**, y como cualquier decisión pública en un Estado de Derecho, las medidas que se adopten en el marco de este principio deben ser razonables y proporcionadas, y deben contar con un sustento mínimo que impida la adopción de resoluciones caprichosas o injustificadas. Y añadió, que pese a que su aplicación tiene lugar allí donde no existe certeza científica en relación con los riesgos que comporta el desarrollo de una

actividad, no resulta viable exigir seguridad absoluta o pruebas científicas categóricas o concluyentes **sobre el daño que se busca evitar, el principio de precaución no exime de la carga de la prueba ni habilita a que se adopten decisiones con base en simples hipótesis, supersticiones, prejuicios o conjeturas.** La razonabilidad y proporcionalidad de la medida depende, en lo fundamental, de que exista “**un principio de prueba que haga verosímil el riesgo detectado y ofrezca una base mínima suficiente para fundamentar racionalmente una medida restrictiva de las libertades individuales**”. (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A, 2015)

Acá se hace una valoración restrictiva del principio bajo estudio, y concluye que, en síntesis, las medidas anticipadas apoyadas en el principio de precaución deben:

(i) Contar con un **mínimo de evidencias** que permitan acreditar de manera objetiva y razonable que se está ante el peligro de daño grave e irreversible de un determinado ecosistema o recurso, (ii) **resultar adecuadas** para impedir que dicha afectación se concrete y (iii) tener **una motivación completa**, en la que se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada (Consejo de Estado, Sección Primera, Radicado No. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A, 2015)

Sin embargo, aclara que no se trata, de pedir certeza absoluta sobre el peligro de daño; simplemente de evitar la arbitrariedad de la autoridad y de respetar la garantía del debido proceso de la parte demandada mediante la imposición de la exigencia de adecuación de la medida y de motivación de la decisión como límites a la discrecionalidad judicial que reconoce el ordenamiento jurídico en estos eventos.

Exigencia, que como se ha visto, siempre ha sido requerida, sin que la misma se lleve al extremo por cuanto terminaría haciendo nugatoria la aplicación del referido principio, en la medida que nunca va a existir la certeza.

El anterior recuento de la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, permite concluir que este órgano de cierre no ha sido ajeno a la aplicación de los principios del DÍA al resolver las controversias, y se advierte que el tema ha cobrado importancia en todas las esferas, incluida el área judicial, donde su aplicación incluso se ha extendido a medios de control que no tienen una relación directa con la protección del goce de un ambiente sano, como es el caso de las reparaciones directas donde se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por los posibles daños causados a los particulares, pero en las cuales se ha adelantado la jurisprudencia para prevenir o exhortar a las autoridades para que adopten medidas pertinentes y óptimas para prevenir los daños.

No obstante lo anterior, si se concluye de manera objetiva que en tratándose de la aplicación del principio en sede del decreto de medidas cautelares dentro de los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido mínima, y prueba de ello es el escaso número de providencias estudiadas, aconteciendo que todas fueron dictadas en ejercicio de las acciones populares y en punto de las órdenes emitidas se identifica la suspensión de los actos administrativos que concedieron una licencia ambiental, cuando con la ejecución de la misma había peligro de daño al goce de un ambiente sano.

En relación con la existencia de órdenes de medidas cautelares, se destaca la primera de la línea, esto es la del año 2004 dictada en primera instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, a través de la cual se ordenó que se abstuvieran de permitir el ingreso de materiales tóxicos al Departamento de Boyacá.

A partir del anterior análisis jurisprudencial, y tomando como referencia cada uno de los casos concretos objeto de estudio, se advierte la viabilidad de armonizar el principio de precaución ambiental como soporte de una medida cautelar en un proceso de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, aconteciendo que su principal aporte se circunscribe al ámbito probatorio, como quiera que no se requiere la certeza científica de la causación del daño, pues basta la inminencia de éste para proteger el derecho colectivo al goce de un ambiente sano, por lo que sin lugar a dudas es más garantista de la efectiva protección de este derecho.

En este orden de ideas, se tiene cómo si resulta viable acudir al mencionado principio para motivar un decreto de medida cautelar en un medio de control donde se involucre el goce de un ambiente sano, como que sus presupuestos, en lugar de reñir con los de las medidas cautelares, se armonizan en la medida que lo que se busca precisamente es hacer real y efectiva esa protección, advirtiéndose que con posterioridad al año 2012 se incrementó su aplicación, lo cual es coincidente con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y con ella del nuevo régimen de medidas cautelares, con el que se aumentó la facultad al fallador judicial para garantizar la tutela judicial efectiva y se flexibilizó lo concerniente con la suspensión de los actos administrativos.

Corresponde ya a toda la comunidad jurídica empoderarse del mencionado principio para posibilitar su justa y correcta aplicación, pues si llama la atención que el mismo continua siendo desconocido en varios ámbitos nacionales, por lo que la labor, tanto de las autoridades ambientales, como de las judiciales, y de todos los ciudadanos, es propugnar por su divulgación, pues, sólo a partir de su conocimiento, se puede propender por su efectiva aplicación.

4. Conclusiones

.- La Tutela judicial efectiva ha sido y será siempre uno de los grandes anhelos de todas las sociedades, como que se constituyó en una necesidad apremiante la real y efectiva protección de los derechos de los asociados, no sólo desde el punto de vista formal, sino sobre todo desde el punto de vista material, por lo que en todas las latitudes se impulsó la creación de mecanismos jurídicos que resultaran idóneos para lograr este fin, entre ellos, la tutela cautelar, la cual se ha considerado como un elemento integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, y que ha sido reconocido así, en varias de las legislaciones del mundo.

.- En el tema, objeto de investigación, no se puede desconocer el aporte, que desde el derecho constitucional, se hizo, como que el estudio demostró el papel determinante que tuvo para su desarrollo, lo consagrado en la Carta Política de 1.991, así como los pronunciamientos que se realizaron por la H Corte Constitucional.

.- En primer lugar, vemos como en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991, se reconoció el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, el cual ha sido catalogado como derecho fundamental que incluso puede ser protegido por medio de la acción de tutela, y se ha reconocido a las medidas cautelares como uno de los mecanismos para lograr la efectividad de las sentencias, por lo cual se les ha identificado como un elemento integrante de la tutela judicial efectiva, y que en tratándose de la protección del goce de un ambiente sano, en las últimas décadas ha experimentado un significativo desarrollo desde el punto de vista constitucional y legislativo.

.- En segundo lugar, la importancia que se le dio al goce de un ambiente sano, consagrándolo de manera expresa en el artículo 79, como un derecho colectivo, frente al cual se reconocieron y

otorgaron a los ciudadanos facultades de participación democrática en aras de lograr su protección. A su turno, también se estipuló en el artículo 95, que era un deber de todas las personas velar por su protección y conservación, lo que involucra a particulares y autoridades, por tratarse precisamente de un principio fundamental la protección de las riquezas naturales.

.- En tercer lugar, el fortalecimiento del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, a través de la creación de acciones constitucionales como la tutela y la acción popular, las que pueden ser presentadas directamente por las personas sin necesidad de representación judicial, y en las que además se previó la posibilidad de decretar medidas cautelares, que anticiparan la protección del derecho en Litis.

.- En cuarto lugar, la expedición de la Ley 99 de 1993, a través de la cual se incorporaron los principios del Derecho Internacional Ambiental, entre ellos el de Precaución Ambiental, y se reguló lo concerniente con licencias ambientales, así como se crearon las autoridades administrativas ambientales, a quienes se les asignó competencias específicas de protección y conservación de los recursos naturales, entre ellas la de adoptar medidas precautorias, aun cuando exista incerteza científica.

.- Y por último, la expedición de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que se amplió el catálogo de medidas cautelares procedentes en los procesos por medios de control de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo, superando la exclusividad de la única herramienta provisional vigente hasta entonces: la suspensión provisional de actos administrativos. Respecto de esta última se demostró: su no idoneidad y poca efectividad para proteger el derecho de medio ambiente, debido, principalmente, a que i) se limitó su solicitud a la presentación de la demanda o antes de admitirse la misma, ii) procedía la medida cautelar únicamente a petición de parte, y

iii) para su decreto se requería la “manifiesta violación” de la norma positiva de derecho, sin que resultara viable que el fallador hiciera un análisis de fondo para determinar la alegada vulneración, toda vez que se consideraba un prejuizgamiento, motivo por el cual, la manifiesta vulneración debía deducirla el juez prima facie de la mera comparación documental. Entonces, pese a su consagración constitucional y legal, la medida cautelar suspensiva de actos y, por lo tanto, el medio de control ordinario, no garantizaba la realización del derecho a una tutela judicial efectiva. Casi siempre se debía esperar hasta la sentencia para la protección del derecho al medio ambiente en la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

.- Mediante la expedición de la Ley 472 de 1998 se reguló el ejercicio de la acción popular y dentro del catálogo de derechos colectivos susceptibles de protección, se consagró el derecho al “goce de un ambiente sano”. De dicha normativa se destaca la titularidad que se le otorgó a todas las personas para la interposición de la respectiva demanda, así como la cláusula abierta de medidas cautelares, pues, en su artículo 25, se consagraron varias clases de medidas procedentes para la protección de los derechos colectivos en riesgo. En relación con el de goce de un ambiente sano se advierte, no sólo la facultad de suspender los actos administrativos cuya ejecución pueda afectar el medio ambiente, sino también la posibilidad de emitir órdenes de hacer o no hacer, así como la elaboración de estudios técnicos para establecer la naturaleza del daño y las medidas que se deben tomar para mitigarlo; Estudios que incluso pueden ser sufragados con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos. Este catálogo de medidas, que no tiene el carácter de taxativo, sino meramente enunciativo, bien aplicado, permite sin duda alguna, la temprana protección del derecho. Esta normativa dotó al operador judicial de un amplio margen de discrecionalidad al permitírsele que, cuando la fuente de la amenaza la constituye la conducta omisiva de una autoridad o cualquier persona, ordene su

realización o cumplimiento y, en caso de que el peligro sea inminente, podrá ordenar que la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, eso sí a costa del demandado.

.- De la Ley 472 de 1998, no sólo se destaca lo concerniente con el catálogo de medidas cautelares, sino además la oportunidad para su solicitud y acuerdo, ya que cualquier medida cautelar puede solicitarse y ordenarse **antes** de ser notificada la acción o en cualquier estado del proceso. Así mismo, no sólo será procedente a petición de parte, sino también de oficio, situación que marcó un avance en comparación con la suspensión provisional, única medida provisional vigente antes de 1998 en materia contencioso administrativo.

.- En lo concerniente con los presupuestos o requisitos para el decreto de una medida cautelar bajo la Ley 472 de 1998, en atención que no se surte traslado de la solicitud al demandado, se ha sostenido que se requiere prueba sumaria sobre la inminencia de un daño a los derechos colectivos o sobre su producción. Así mismo, se exige que la decisión del juez se encuentre plenamente motivada, lo que implica tener en cuenta criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, en aras de evitar que la misma pueda ocasionar mayores perjuicios al derecho colectivo en Litis, al interés público o al derecho del demandado. Si bien el juicio de ponderación se consagró para realizarse a posteriori, es decir, cuando se presente la oposición, ello no obsta para que desde el decreto de la medida cautelar, se tengan en cuenta todas estas circunstancias y, con base en argumentos fácticos y probatorios, se decrete la que resulte adecuada a las necesidades de cada caso en concreto.

.- En la Ley 472 de 1998 el legislador estableció otras medidas cautelares, diferentes a la suspensión provisional, cuya procedencia se adscribe, exclusivamente a las acciones populares. En acciones ordinarias, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo resultaba viable la suspensión provisional, motivo por el cual resulta importante el catálogo de medidas cautelares

que se consagró en la Ley 1437 de 2011, dirigidas contra otras manifestaciones de la administración –distintas a los actos administrativos–, como las omisiones, los hechos y las operaciones administrativas. Estas medidas son: i) conservativas, tendientes a “ordenar que se mantenga la situación”; ii) anticipatorias, al permitir disponer que se restablezca al estado en que se encontraba la situación; iii) preventivas, dentro de las cuales se incluye adoptar decisiones administrativas o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; iv) las genéricas del numeral 5, relativas a impartir órdenes o imponer a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

.- En relación con la naturaleza del listado de medidas previstas en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, se halló que para el Consejo de Estado es de carácter taxativo. Sin embargo, en virtud de la cláusula genérica del numeral 5, puede convertirse en ejemplificativo. Además, dentro de estas órdenes de hacer o no hacer pueden caber infinidad de situaciones muy diferentes a las señaladas en los otros numerales, motivo por el cual es ésta última interpretación la que se acompasa con el contenido del artículo 29 y 229 constitucional, así como con lo expuesto en el trámite legislativo que culminó con la Ley 1437 de 2011, es decir, en el proyecto de ley N. 198 de 2009, que indicaba que el listado de medidas cautelares debía tenerse como ejemplificativo o enunciativo.

.- De la Ley 1437 de 2011 se destaca la consagración que se hizo de la medida cautelar de urgencia en el artículo 234, la cual puede ser adoptada desde la presentación de la solicitud y sin necesidad de notificación a la parte contraria, ello siempre y cuando se reúnan los requisitos para su decreto y se evidencie la urgencia. La novedad de la misma, es que puede ser solicitada incluso, con anterioridad a la solicitud de conciliación prejudicial, y el juez puede pronunciarse sin haber admitido la demanda, tal como lo sostuvo el H Consejo de Estado. Esta medida

cautelar, tiene un trámite similar al previsto en la Ley 472 de 1998, por lo que se concluye, una vez más, como la referida legislación si resultaba y resulta idónea y eficaz para la anticipada protección del derecho.

.- Así mismo, se resalta como en la Ley 1437 de 2011 se otorgaron amplias facultades al juez y las partes para la modificación o revocatoria de la medida cautelar decretada, cuando no se cumplan o se hayan superado los requisitos para su otorgamiento, o cuando sea necesario su cambio para que se cumpla el objeto de la misma, lo cual implica que una vez decretada se debe hacer un seguimiento para verificar lo antes dicho, esto precisamente, en atención al carácter temporal que tienen las medidas cautelares.

.- No obstante lo anterior, el decreto de cualquier medida cautelar, requiere la configuración de los presupuestos establecidos para su procedencia, esto es i) *periculum in mora* (peligro en la demora), ii) *fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho), y, iii) ponderación de intereses, los que fueron recogidos en cada una de las regulaciones que se han hecho sobre medidas cautelares, y es por ello que se debe acreditar la vulnerabilidad del derecho del accionante o la comunidad, así como su buen derecho, para luego estudiar el peligro que se corre con la demora en el fallo definitivo y entrar a ponderar todos los intereses en conflicto. Dicho estudio se traduce en una carga argumentativa para el fallador, quien deberá expresar de manera clara y razonada los motivos por los cuales resulta viable para el interés colectivo, en tratándose del derecho al goce de un ambiente sano, el decreto de la medida.

.- En relación con el Derecho Colectivo de Goce de un Ambiente Sano, actualmente existen dos regulaciones sobre medidas cautelares, esto es, la prevista en la Ley 472 de 1998 y en Ley 1437 de 2011. La corte constitucional ha sostenido que, en materia de medida cautelares, estas dos normas resultan complementarias. En consecuencia compete al funcionario judicial, en cada

caso, determinar cuál es la que resulta más efectiva para la protección del derecho colectivo bajo Litis. Entonces, en el momento actual, existe un extenso catálogo de posibles medidas a aplicar, incluidas, entre ellas, la suspensión de los actos administrativos a través de los cuales se ha concedido una licencia o permiso para una actividad que pueda afectar el medio ambiente, y emitir órdenes de hacer o no hacer. Igualmente, dichas cautelas pueden ser decretadas de oficio y a petición de parte, incluso con anterioridad a la notificación de la demanda, tal como lo regula la Ley 472 de 1998.

.- Ahora bien, respecto la Ley 99 de 1993, consagró: i) el Principio de Precaución Ambiental y los demás reconocidos por el DIA, los cuales deben ser observados por las autoridades ambientales en todas sus actuaciones; ii) mecanismos jurídicos para que en sede judicial y administrativa se pudieran adoptar todas las medidas precautorias necesarias para la protección del medio ambiente, y, iii) creó el Ministerio del Medio Ambiente, Corporaciones Autónomas Regionales y otras entidades encargadas de la protección del medio ambiente y a quienes se les otorgó amplias facultades para adoptar las medidas precautorias referidas.

.- En relación con los mecanismos judiciales de protección del medio ambiente, tenemos el artículo 73 de la Ley 99 de 1993 que permite la procedencia de la acción de Nulidad contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente. Medio de control, que puede ser impetrado por cualquier persona, pues por tratarse de la defensa del ordenamiento jurídico y del Derecho al Goce de un Ambiente Sano, no requiere legitimación por activa. La naturaleza de esta acción se desprende del carácter de público que se le otorgó a todos los actos administrativos resultantes de una actuación dentro de la cual se debata la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que pueda afectar el

medio ambiente. En consecuencia, le pueden ser notificados a cualquier persona que lo solicite, en aplicación del principio de publicidad, con el cual se busca involucrar a todos los asociados en la protección del derecho colectivo, tal como se consagró en el artículo 79 de la Constitución Política.

.- En punto de la eficacia en el ejercicio de la referida acción, hoy medio de control, se concluye que si bien el interés del constituyente y el legislador fue el de facultar a todas las personas para la defensa del medio ambiente, tal cometido no se ha logrado. Su uso ha sido casi nulo. En los casos analizados, no se encontró ninguno en ejercicio de este puntual medio de control de nulidad contra licencias ambientales creado en la Ley 99 de 1993, destacándose también la ausencia de participación del Ministerio Público a través de sus Procuradurías Judiciales Ambientales y Agrarias. El estudio arrojó solo una demanda presentada por la Procuraduría 23 Judicial II Ambiental y Agraria de Yopal, así como también demostró que fue mínima la intervención del Ministerio Público en los procesos respectivos. Al respecto, nótese como ha sido en los últimos años donde se ha manifestado la preocupación de varios sectores de la sociedad por la conservación y protección de los recursos naturales, por lo que se aspira que dicho interés se concrete en la ejecución de las acciones y derechos que les asiste y así cobre relevancia este medio de control.

.- En la Ley 99 de 1993 también se consagraron mecanismos en sede administrativa para lograr la protección, conservación y defensa del medio ambiente. Entre ellos, el decreto de medidas previas como la posibilidad para la autoridad ambiental de suspender y revocar los actos administrativos a través de los cuales ha otorgado una licencia o permiso para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y medio ambiente, cuando en su ejecución no se cumplen las condiciones y exigencias establecidas. La suspensión de la licencia ambiental en vía

administrativa, fue considerada desde el año 1993 como una medida preventiva aplicable en proceso sancionatorio. Suspensión, que dista de todo lo regulado en los Códigos Contencioso-administrativos (Decreto 01 de 1984 y Ley 1437 de 2011), como que el facultado para su decreto es directamente la autoridad ambiental, con lo cual podemos decir que la potestad de suspender provisionalmente los actos administrativos, no es exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, al menos en materia ambiental.

.- En este marco, para la revocatoria de los actos administrativos a través de los cuales se concede una licencia, permiso o autorización para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y medio ambiente, no se requiere del consentimiento expreso o tácito del titular o beneficiario de la misma, pues, en virtud de la prevalencia del interés general, tal presupuesto no se exige, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionaron la autorización.

.- Es precisamente a la hora de decidir sobre la suspensión o revocatoria de un acto administrativo a través del cual se ha otorgado una licencia, permiso o autorización para una actividad que pueda comprometer el medio ambiente, que se debe tener en cuenta por parte de la autoridad ambiental o del Juez administrativo, el Principio de Precaución Ambiental, el cual tiene como elementos estructurales: i) el peligro de un daño grave o irreversible; ii) la incerteza científica, y, iii) las medidas precautorias.

.- En el plano internacional, el Principio de Precaución Ambiental, fue reconocido en la Convención de Río de 1992 y en nuestro ordenamiento en la Ley 99 de 1993. Este principio tiene un especial reconocimiento por la jurisprudencia de la H Corte Constitucional. El Alto tribunal ha considerado que, pese a que la precaución ambiental no se consagró en la Carta Política, se

deriva de los puntuales deberes y obligaciones que en ella se les han otorgado a las autoridades para evitar daños y riesgos a la vida y al medio ambiente.

.- En relación con el presupuesto de riesgo de daño grave e irreversible, tratándose del medio ambiente, la mayoría de las veces será irreversible, por cuanto el detrimento o afectación que se produzca sobre el ambiente o los recursos naturales, difícilmente podrá ser corregido por el hombre, y además los efectos permanecen en el tiempo. Por este motivo se requiere la prevención de estos daños y una forma de lograrlo es a través de los estudios previos de impacto ambiental que se deben hacer antes de licenciar cualquier proyecto o actividad, cuya ejecución pueda repercutir en afectación ambiental. En cuanto a este requisito, no se debe seguir con la flexibilidad con que hasta ahora lo han manejado las autoridades ambientales, donde, incluso, se conceden primero las licencias y a renglón seguido se impone la elaboración de los estudios para determinar la posible afectación ambiental.

.- Sumado al anterior, el fundamento del principio de precaución se encuentra en el presupuesto denominado “incerteza científica”. Éste implica un cambio de pensamiento en la lógica jurídica y encuentra su justificación en las particulares características del daño ambiental, ya que sus efectos se prolongan y hacen visibles sólo con el transcurso del tiempo. A pesar de los estudios que se realicen, éstos no ofrecen resultados concluyentes, motivo por el cual, se debe imponer la toma de medidas para evitar el daño irreversible. La falta de certeza, no se puede convertir en excusa para la inactividad de las autoridades ambientales o judiciales.

.- La aplicación, por parte de las autoridades ambientales, de las medidas precautorias, entre ellas las de suspender y revocar licencias o permisos ambientales con base en el Principio de Precaución Ambiental, no ha hecho eco en la práctica judicial de la forma en que debiera. Infortunadamente la política y agenda ambiental en nuestro país ha sido manejada con un claro

desconocimiento de los principios que la deben orientar, cediendo a intereses de naturaleza política, o económicos. El estudio demostró que sólo en dos de las decisiones adoptadas, se atacaban los actos administrativos expedidos por autoridad ambiental, (Ministerio del Medio Ambiente o Corporaciones Autónomas Regionales), a través de los cuales se suspendiera una licencia ambiental. Igualmente demostró que el presupuesto de la incerteza científica, al reñir con la teoría tradicional de la prueba para decidir, impidió un pronunciamiento en el sentido de proteger el medio ambiente de manera cautelar. No obstante, la historia se ha encargado de demostrar que fueron muchos los proyectos que se iniciaron y desarrollaron con claro deterioro ambiental, pero, donde no existió oposición alguna en sede administrativa por parte de las autoridades ambientales, por lo que fue preciso acudir en sede judicial para que a través de medidas cautelares se decretara la suspensión de aquellos actos administrativos expedidos por las Corporaciones Autónomas Regionales, a través de los cuales concedían un permiso o licencia, pese a que ello constituía amenaza para el medio ambiente.

.- La adopción de medidas precautorias, por parte de las autoridades ambientales, debe ser consecuencia de la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que inspiran todas las decisiones administrativas. Por lo tanto, se debe decretar la medida cautelar resulte, en cada caso, eficaz y suficiente para proteger el medio ambiente. Así mismo, se debe tener en cuenta la necesidad de complementar los estudios existentes, a fin de lograr superar la incertidumbre científica, y exponer claramente los motivos que llevan a la adopción de la medida.

.- Un aspecto determinante en la aplicación del Principio de Precaución Ambiental es el tema probatorio. En virtud del presupuesto de la incerteza científica para la adopción de medidas precautorias o previas, se ha establecido una presunción en favor del medio ambiente. En este

sentido, ante la incertidumbre científica sobre la causación de daño al derecho colectivo, la duda se debe resolver a favor del mismo “*indubio pro ambiente*” o “*indubio pro natura*”. Esta presunción implica una inversión de la carga de la prueba en tanto no corresponde a quien alega afectación al medio ambiente, probar este supuesto de hecho, sino que, corresponde demostrar al responsable de la actividad que presuntamente lo genera que, con su ejecución, no se corre riesgo alguno. Al respecto, se tiene que este presupuesto ha sido uno de los mayores obstáculos para la toma de decisiones en sede administrativa y judicial ya que pese a su existencia, se seguía exigiendo la certeza sobre el peligro de daño o riesgo.

.- Del estudio efectuado a la jurisprudencia de la H Corte Constitucional y el H Consejo de Estado, se halló que la aplicación del Principio de Precaución Ambiental por parte de las autoridades judiciales fue escasa. Merece destacarse el pronunciamiento realizado en octubre 24 de 2002, a través del cual se estudió la legalidad de los actos administrativos expedidos por el recién creado Ministerio del Medio Ambiente, esto es, las Resoluciones 197 de 1995 y 024 de 1996. Mediante estos actos se suspendió, y luego prohibió la construcción de un proyecto que afectaba el ecosistema de manglar del Parque Nacional Old of Providencie y su zona amortiguadora, ubicado en la isla de Providencia. Lo importante de estas decisiones es que fueron producto del seguimiento que se hizo por parte del Ministerio de Medio Ambiente a la realización y ejecución del proyecto, y al advertir que el mismo había sido modificado y que con los cambios se afectaría el ecosistema del manglar, se usaron las potestades otorgadas por la Ley 99 de 1993 en aplicación del principio de Precaución Ambiental.

.- El pronunciamiento judicial referido, en el que se avala la aplicación del Principio de Precaución Ambiental por parte de las autoridades administrativas, es posterior al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del numeral 6 del artículo 1

de la ley 99 de 1993 que introdujo el Principio de Precaución Ambiental. Por ello se destacan las actuaciones de la autoridad ambiental, al hacer uso temprano y en derecho, esto es en 1995 y 1996, de un principio que apenas se introducía en el mundo jurídico nacional y cuyos presupuestos, como se ha visto, reñían con la lógica jurídica tradicional.

.- Desde el punto de vista de la protección judicial del Derecho al Goce de un Ambiente Sano se posibilitó su protección a través del ejercicio de la acción popular, con la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998. Inicialmente estas acciones constitucionales inundaron los despachos de Tribunales y Juzgados Administrativos, sin embargo, las relacionadas con el tema ambiental eran mínimas. En estos casos, lo pretendido por el actor, además de buscar proteger el interés colectivo, era lograr el pago del incentivo respectivo, por ello proliferaron las acciones relacionadas con la afectación al espacio público.

.-La aplicación del principio de precaución ambiental por parte de las autoridades judiciales se dio hasta el año 2002, luego de que la Corte Constitucional se pronunciara sobre la exequibilidad del artículo 1, numeral 6 de la Ley 99 de 1993. En relación con el ejercicio de la acción popular, se advierte como el referido principio en sus comienzos, no sirvió de sustento o soporte para la protección de los derechos colectivos. La razón, porque aún existía temor en el manejo del tema probatorio, pues, se pretendía contar con plena prueba sobre la afectación del medio ambiente, por lo que inicialmente se procedió a usarlo únicamente como soporte para exhortar a las autoridades públicas para que tomaran las medidas y acciones pertinentes para la adecuada prestación de los servicios públicos. Tal como ocurrió en las demandas que versaron con las falencias en la prestación del servicio de alcantarillado y mataderos municipales, de los Municipios de Jenesano y Cohello.

.- Las exhortaciones u órdenes impartidas en las acciones populares, se materializaron hasta la sentencia. A pesar que se evidenciaba, desde el inicio de la acción, la omisión e inactividad de parte de las autoridades, que en últimas conllevaba afectación del medio ambiente sano, no se ordenó ninguna medida cautelar, pese a que las mismas procedían, incluso de oficio. Para esas fechas, años 2003 a 2005, aún no existía empoderamiento por parte de los ciudadanos y de las autoridades judiciales, sobre el alcance de las facultades otorgadas por el artículo 25 de la ley 472 de 1998, así como tampoco de las derivadas del Principio de Precaución Ambiental.

.- De las providencias estudiadas, relacionadas con el principio de precaución ambiental, tres autos relacionados con medidas cautelares, bajo los presupuestos de la Ley 472/1998, fueron objeto de revisión en sede de apelación. El primero se dictó en diciembre del año 2003. En éste, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá ordenó a los demandados abstenerse de autorizar o permitir el almacenamiento en la ciudad de Tunja, de plaguicidas y material contaminado procedentes del corregimiento del Municipio de El Copey (Cesar). Esta medida cautelar merece ser resaltada, pese a que el Tribunal no accedió a la que fue solicitada por la parte, si procedió al acuerdo de la que consideró protegía el derecho en litigio, como era en este caso el cese de la actividad que podía originar el daño. Lo anterior evidencia la efectividad de las facultades otorgadas por la Ley 472 de 1998 al operador judicial en materia de justicia cautelar. Esta potestad cautelar unida a los postulados del Principio de Precaución Ambiental, permiten concluir que, para el año 2003, se contaban con herramientas jurídicas para la protección del medio ambiente.

.- En julio 14 de 2011 se produjo otra decisión judicial por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en la que también se decretó junto con la admisión de la demanda, una medida previa consistente en suspender toda actividad de aprovechamiento forestal

autorizada por CODERCHOCO al Consejo Comunitario General de la Costa Pacífica del Norte del Chocó “Los Delfines”, pues el mismo constituía una amenaza para el medio ambiente, según lo señalado en el informe técnico presentado por el Ministerio del Medio Ambiente.

.- Por último, se destaca el pronunciamiento del 27 de abril de 2012 a través del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander ordenó como medida cautelar suspender cualquier tipo de construcción o intervención en el denominado “Parque la Arboleda” del municipio de Girón. Lo anterior por considerar que se afectaba el recurso ambiental de dicho parque.

.- Estas tres medidas cautelares, fueron confirmadas por el H Consejo de Estado y, en las tres, se hizo alusión al principio de Precaución Ambiental, aunque también se enfatizó en el cumplimiento de los presupuestos para decretar la cautela. En la última de las providencias referidas, se explicó claramente las consecuencias de la incerteza científica en favor del medio ambiente, los recursos interpuestos precisamente se fundaban en la falta de certeza e inexistencia de estudios técnicos que confirmarían sobre el posible daño o perjuicio.

.- En lo concerniente con la medida cautelar de Urgencia prevista en la Ley 1437 de 2011, se halló el pronunciamiento del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia del día **3 de julio de 2013**, a través del cual al admitirse la demanda, se decretó la suspensión de la tala de árboles autorizada por la Resolución expedida por la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia. Fue a través de este pronunciamiento que por parte del H Consejo de Estado se consideró que se debían armonizar las dos regulaciones existentes sobre medidas cautelares, esto es la Ley 472 de 12998 y la Ley 1437 de 2011, y donde se reiteró que como argumento central del decreto de la medida, se podía acudir al principio de Precaución Ambiental.

.- Como nota común en los pronunciamientos anteriores tenemos que, por parte de la autoridad ambiental (Corporaciones Autónomas), se había autorizado o permitido la actividad (construcción, tala de árboles y aprovechamiento forestal), y no obstante la presunta legalidad del acto administrativo que otorgó la licencia, con base en la prueba sumaria allegada por el actor, se advirtió que la referida actividad podía causar daños al medio ambiente, y al aplicar el principio de precaución ambiental, la duda se resolvió a favor de aquél.

.- También se encontró cómo el principio de Precaución se ha extendido en nuestra jurisprudencia y ha servido de soporte para proteger derechos diferentes a los relacionados con el Goce de un Ambiente Sano. En este sentido, la sentencia resultante de una acción popular donde se protegía el derecho colectivo de los habitantes de un barrio de Cali, donde las redes de energía eléctrica y teléfonos se encontraban adosadas a las fachadas de las viviendas, y cuyas órdenes se dieron para prevenir desastres. Así mismo, se ha utilizado este principio en medios de control de reparación directa como soporte para emitir órdenes o exhortar a las autoridades para que, en un futuro, eviten la causación de los daños que ha generado la responsabilidad patrimonial del Estado. Este punto se evidencia en el caso de los daños a cultivos lícitos, en virtud de la aspersión aérea con glifosato. En estos dos eventos, se hizo uso del referido principio para exhortar a las autoridades en aras de prevenir la ocurrencia de daños con fuente similar a la de los casos bajo estudio.

.-Es evidente, que desde el punto de vista formal nuestra legislación cuenta con medidas precautorias, acciones o medios de control idóneos para lograr la protección del goce de un ambiente sano, lo cual riñe con los resultados visibles. No se puede culpar y responsabilizar únicamente a los poderes públicos, “el goce de un ambiente sano es responsabilidad de todos”. Existen toda una variedad de mecanismos legales para su protección, tanto en sede

administrativa como judicial, que no son utilizados debidamente por los ciudadanos legitimados. Ahora bien, por parte de las autoridades administrativas y judiciales ha existido timidez en cuanto al decreto de las medidas pertinentes y a la aplicación del Principio de Precaución Ambiental.

.- En efecto, nótese como desde el año 1993 se instituyó el Principio de Precaución Ambiental como uno de los rectores en materia ambiental, y desde 1998 se introdujo en la legislación colombiana la viabilidad para que en sede de una acción popular se decreten medidas cautelares o previas para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, y sólo hasta el año 2003 se produjo la primera providencia a través de la cual se decretó una medida cautelar de suspensión de la actividad presuntamente generadora del daño.

.- No obstante el tiempo que tuvo que transcurrir para que se produjese ese cambio de paradigma en la adopción de medidas cautelares en asuntos con interés ambiental, el estudio demostró cómo si resulta viable acudir al Principio de Precaución Ambiental, como argumento central de la motivación de una providencia judicial a través de la cual se decretan medidas cautelares en un medio de control donde se involucre el goce de un ambiente sano. Los presupuestos del referido principio, en lugar de reñir, se armonizan completamente con los de las medidas cautelares, en tanto que buscan la toma de acciones para conjurar el peligro de un daño grave o irreversible al medio ambiente.

.- Es propio del Principio de Precaución Ambiental que ante la existencia de una incertidumbre o incerteza científica, sobre el real acaecimiento de daño ambiental, se deban adoptar medidas precautorias tendientes a evitar su ocurrencia. Medidas que en sede judicial se asemejan a las medidas cautelares que se pueden decretar para prevenir el daño, y respecto de las

cuales se debe hacer un juicio de ponderación, donde obviamente se haga uso de la proporcionalidad y razonabilidad para determinar la eficaz y suficiente para conjurar la situación.

.- En materia probatoria, resulta mucho más proteccionista del medio ambiente manejar el grado de verdad como lo presupone el Principio de Precaución Ambiental, esto es, desde la incerteza o incertidumbre científica, pues, que así se pueden adoptar las medidas, sin que se requiera la plena prueba sobre el real peligro o afectación del derecho. Ello, porque como vimos, este fue básicamente uno de los principales argumentos por los que no se decretaban las cautelas solicitadas ante la ausencia de prueba, motivo por el que se postergaba la toma de decisiones hasta la etapa de sentencia, lo cual se puede superar si se acude al Principio de Precaución Ambiental, con la plena observancia de cada uno de sus presupuestos.

.- Para la viabilidad del decreto de una medida cautelar en acción popular donde se busque la protección del medio ambiente, se puede aplicar el Principio de Precaución Ambiental, en la medida, que en materia de pruebas para el decreto de medidas, se requiere que “esté debidamente demostrado la inminencia de un daño o que el mismo se haya producido”, por lo que si se aplica en estricta lógica y con criterio exegético dicho requisito, se debería exigir prueba de tal circunstancia, lo cual en materia de daño ambiental, puede convertirse en un obstáculo para el decreto de la medida, pues, por las particulares características del mismo, su aparición o concreción no son concomitantes con la actividad u omisión que lo puede producir, y en consecuencia, en muy pocos eventos se reuniría este presupuesto. Obstáculo, que puede superarse si en el momento del estudio de la viabilidad o no de medida cautelar, se acude a lo planteado por el Principio de Precaución Ambiental, donde como se dijo, no se requiere del previo conocimiento y prueba de un daño al medio ambiente, sino que basta que haya un peligro de daño grave e irreversible, y donde en virtud de la inversión de la carga de la prueba,

corresponde a quien ejerza la actividad o incurra en la omisión, desvirtuar la probabilidad de riesgo de daño ambiental.

.- Ya corresponde a las autoridades administrativas y judiciales hacer uso adecuado del Principio de Precaución Ambiental que, como vimos, permite una real y efectiva protección del goce de un ambiente sano al determinar la adopción de medidas previas tendientes a evitar que se presente un daño ambiental. Es por ello, que se espera que a partir de la investigación realizada, donde se ha puesto de presente cada uno de los presupuestos de los institutos jurídicos, y se ha concluido que no son excluyentes, se armonicen y se permita una temprana protección del derecho colectivo, al flexibilizarse el tema probatorio, sin que ello se convierta en argumento para el proferimiento de decisiones arbitrarias y caprichosas, como que precisamente es de la esencia de las mismas observar la proporcionabilidad y razonabilidad.

Referencias Bibliográficas

- Abdón, L. (2012). *Metodología para la determinación y caracterización del daño ambiental y del peligro de daño ocasionado*. Chile: Superintendencia del Medio Ambiente. p. 23
- Agudelo Sánchez, L.H. y Huerta Gutiérrez, F.E. (s.f.). *El Principio de Precaución Ambiental en el Estado Colombiano*. Monografía para aspirar al título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad Libre. Bogotá, D.C.
- Arcas, P. (2007). *Hans Jonas y el Principio de Responsabilidad- Del Optimismo Científico Técnico a la Prudencia Responsable*. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. Recuperado de digibug.ugr.es/bitstream/10481/1657/1/16887840.
- Asamblea Nacional Constituyente (1886). Constitución Política de la República de Colombia (Const.; 5 de agosto).
- Berizonce, R. (2013). La Incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio. En *Anales I* (43), Universidad de la Plata. Argentina, p. 245-259.
- Bravo Vesga, C. (2011). *Desarrollo constitucional del enjuiciamiento cautelar contencioso-administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano*. *El Nuevo Derecho Administrativo*. Salamanca, España: Ratio Legis Librería Jurídica, p. 85-102
- Cafferata, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. *Secretaría de Medio Ambiente y Recursos naturales*. Instituto Nacional de Ecología. México, D.F.
- Cafferratta, N. (2009). *Los Principios y Reglas del Derecho Ambiental*. Buenos Aires.
- Campo Cabal, J.M. (1997). *Perspectivas de las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo*. Universidad Externado de Colombia- Universidad Europea de Madrid. Primera Edición, p. 104 y ss

- Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. 334p. Recuperado de www.juridicas.unam.mx.
- Cascais (2005). *Incertidumbre, Riesgo y Precaución*. En Buxo y Casado, M. Pasos Hacia Una Bioética Ambiental. Barcelona: CSIC).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre*. IX Conferencia Internacional Americana. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Consejo de Estado (5 de noviembre de 2013). *Radicado No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP)*. [CP María Claudia Rojas Lasso]
- Consejo de Estado, Sala Plena (5 de marzo de 2014). *Expediente 2013-006871*. [MP Alfonso Vargas Rincón]
- Consejo de Estado, Sala Plena (5 de noviembre de 2013). *Radicado No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP)*. [CP María Claudia Rojas Lasso]
- Consejo de Estado, Sección (3 de septiembre de 2014). *Radicado No. 2013-00162*. [MP Hernán Andrade]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta (21 de mayo de 2014). *Radicado No. 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946)*. [MP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta (21 de mayo de 2014). *Radicado No. 2013-00534-00(20946)*. [MP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez]
- Consejo de Estado, Sección Cuarta (28 de mayo de 2015). *Radicado No. 2014-00054-00(21025)*. [CP María Teresa Briceño de Valencia]
- Consejo de Estado, Sección Primera (1 de enero de 2008). *NR: 227933- 17001-23-31-000-2004-00480-02*. [MP Camilo Arciniegas Andrade]

Consejo de Estado, Sección Primera (1 de noviembre de 2012). *Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP)*. [CP María Claudia Rojas Lasso]

Consejo de Estado, Sección Primera (10 de marzo de 2005). *Radicado No. 73001-23-31-000-2002-01409-01(AP)*. [CP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta].

Consejo de Estado, Sección Primera (11 de diciembre de 2013). *Radicado No. 11001-03-24-000-2004-00227-01*. [CP Guillermo Vargas Ayala]

Consejo de Estado, Sección Primera (11 de mayo de 2000). *Radicado No. 4620*. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Consejo de Estado, Sección Primera (18 de julio de 2012). *Radicado No. 201028217001-23-31-000-2011-00424-01*). [CP María Claudia Rojas Lasso]

Consejo de Estado, Sección Primera (19 de noviembre de 2009). *Radicado No. 68001-23-15-000-1999-02524-01*. [CP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta]

Consejo de Estado, Sección Primera (2 de mayo de 2013). *Radicado No. 68001-23-31-000-2012-00104-01(AP)A*. [CP María Claudia Rojas Lasso]

Consejo de Estado, Sección Primera (24 de octubre de 2002). *Radicado No. 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027)*. [CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Consejo de Estado, Sección Primera (25 de septiembre de 2003). *Radicado No. 54001-23-31-000-2002-00481-01(AP-800)*. [CP Manuel Santiago Urueta Ayola]

Consejo de Estado, Sección Primera (26 de abril de 2013). *Radicado No. 2012-00614-01*. [MP Elizabeth García González]

Consejo de Estado, Sección Primera (29 de julio de 2004). *Radicado No. 15001-23-31-000-2003-0285-01(AP)*. [CP Olga Inés Navarrete Barrero]

Consejo de Estado, Sección Primera (3 de junio de 2004). *NR: 44001-23-31-000-2003-0380-01-AP-0380* [MP Camilo Arciniegas Andrade]

Consejo de Estado, Sección Primera (5 de febrero de 2015). *Radicado No. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A*. [CP Guillermo Vargas Ayala]

Consejo de Estado, Sección Segunda (13 de mayo de 2014). *Radicado No. 2014-00360-00(1131-14)*. [MP Gerardo Arenas Monsalve]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A (30 de abril de 2014). *Radicado No. 11001-03-25-000-2013-01524-00(3914-13)*. [MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (13 de mayo de 2014). *Radicado N. 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14)*. [MP Gerardo Arenas Monsalve]

Consejo de Estado, Sección Tercera (11 de diciembre de 2003). *Radicado No. 25000232500020030133101*. [CP Germán Villamizar Rodríguez]

Consejo de Estado, Sección Tercera (17 de julio de 2003). *Sentencia 25000-23-25-000-0111-01 (AP 0111)*. [MP Dr. Ricardo Hoyos Duque]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (20 de febrero de 2014). *Radicado No. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028)*. [CP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (20 de febrero de 2014). *Radicado No. 76001-23-31-000-2003-00002-01(AP)*. [CP Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (29 de abril de 2015). *Radicado No. 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP)*. [CP Stella Conto Díaz Del Castillo]

Consejo Parlamentario (23 de mayo de 1949). *Ley Fundamental del Bonn* [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania]. Boletín Oficial Federal I, p. 1

Consejo Superior de la Judicatura (30 de septiembre de 2009). *Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Contraloría General de la República y Consejo de Estado. p. 526-527

Corte Constitucional (1992). *Sentencia T-006*. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; 12 de mayo)

Corte Constitucional (1992). *Sentencia C-561*. (MP Alejandro Martínez Caballero; 20 de octubre)

Corte Constitucional (1992). *Sentencia T-522*. (MP Dr. Alejandro Martínez Caballero; 29 de septiembre)

Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-528*. (MP Fabio Morón Díaz; 24 de noviembre)

Corte Constitucional (1995). *Sentencia C-431*. (MP Hernando Herrera Vergara; 28 de septiembre)

Corte Constitucional (1996). *Sentencia C-037*. (MP Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de febrero)

Corte Constitucional (1997). *Sentencia C-054*. (MP Antonio Barrera Carbonell; 6 de febrero)

Corte Constitucional (1997). *Sentencia SU-037*. (MP Antonio Barrera Carbonell; 3 de febrero)

Corte Constitucional (1998). *Sentencia C-126* (MP Alejandro Martínez Caballero; 1 de abril)

Corte Constitucional (1998). *Sentencia T-476*. (MP Fabio Morón Díaz; 8 de septiembre)

Corte Constitucional (1999). *Sentencia C-215*. (MP María Victoria Sáchica Méndez; 15 de abril)

Corte Constitucional (2000). *Sentencia C-490*. (MP Alejandro Martínez Caballero; 4 de mayo)

Corte Constitucional (2002). *Sentencia C-293*. (MP Alfredo Beltrán Sierra; 23 de abril)

Corte Constitucional (2003). *Sentencia C-071*. (MP. Álvaro Tafur Galvis; 4 de febrero)

Corte Constitucional (2003). *Sentencia C-485*. (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; 11 de junio)

Corte Constitucional (2004). *Sentencia C-039*. (MP Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional (2007). *Sentencia T-295*. (MP Álvaro Tafur Galvis; 26 de abril)

- Corte Constitucional (2008). *Sentencia T-299*. (MP Jaime Córdoba Triviño; 3 de abril)
- Corte Constitucional (2010). *Sentencia C-595*. (MP Jorge Iván Palacio; 27 de julio)
- Corte Constitucional (2014). *Sentencia C-284*. (MP María Victoria Calle; 15 de mayo)
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión (1992). *Sentencia T-522* (MP Dr. Alejandro Martínez Caballero; 29 de septiembre)
- Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 (2014). *Auto 73*. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 27 de marzo)
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (2007). *Sentencia T-295*. (MP Álvaro Tafur Galvis; 26 de abril)
- Corte Constitucional, Sala Plena (1995). *Sentencia C- 141*. (M.P. Antonio Barrera Carbonell; 29 de marzo)
- Corte Constitucional, Sala Plena (1997). *Sentencia SU-037*. (MP Antonio Barrera Carbonell; 3 de febrero)
- Corte Constitucional, Sala Plena (1999). *Sentencia C-925*. (MP Vladimiro Naranjo; 18 de noviembre)
- Corte Constitucional, Sala Plena (2000). *Sentencia C-490*. (MP Alejandro Martínez Caballero; 4 de mayo)
- Corte Constitucional, Sala Plena (2001). *Sentencia C-671*. (MP Jaime Araujo Rentería; 28 de junio)
- Corte Constitucional, Sala Plena (2002). *Sentencia C-339*. (MP Jaime Araujo Rentería; 7 de mayo)
- Corte Constitucional, Sala Plena (2002). *Sentencia C-484*. (MP Alfredo Beltrán Sierra; 25 de junio)

Corte Constitucional, Sala Plena (2004). *Sentencia C-039*. (M.P. Rodrigo Escobar Gil; 27 de enero)

Corte Constitucional, Sala Plena (2004). *Sentencia C-988*. (MP Humberto Sierra Porto; 12 de octubre)

Corte Constitucional, Sala Plena (2010). *Sentencia C-703*. (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 6 de septiembre)

Corte Constitucional, Sala Plena (2015). *Sentencia C-449*. (MP Jorge Iván Palacio; 16 de julio)

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (1992). *Sentencia T-451*. (MP Ciro Angarita Barón; 10 de julio)

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (1992). *Sentencia T-597*. (MP Ciro Angarita Barón; 9 de diciembre)

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (2014). *Sentencia T-672*. (MP Jorge Iván Palacio; 10 de septiembre)

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (1992). *Sentencia T-006*. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; 12 de mayo)

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (1992). *Sentencia T-554*. (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; 9 de octubre)

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (2017). *Sentencia T-236*. (MP Aquiles Arrieta Gómez; 21 de abril)

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (2010). *Sentencia T-360*. (MP Nilson Pinilla; 11 de mayo)

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (2012). *Sentencia T-104*. (MP Nilson Pinilla; 20 de febrero)

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (2013). *Sentencia T-154*. (MP Nilson Pinilla; 21 de marzo)

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (2015). *Sentencia T-080*. (MP Jorge Iván Palacio Palacio; 20 de febrero)

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (2008). *Sentencia T-299*. (MP Jaime Córdoba Triviño; 3 de abril)

De Cozar Escalante, J.M. (2005). Principio de Precaución y Medio Ambiente. En: *Revista Española de Salud Pública*, Volumen 79, N. 2 (marzo-abril). Madrid, España. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/170/17079203.pdf>

De la Sierra, S. (2004). *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo*. Cizur Navarra: Editorial

Esteve, J. (2002). *La intervención Administrativa en situaciones de incertidumbre científica*. Universidad de Barcelona. p. 202

Fajardo Gómez, M. (s.f.). *Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Medidas Cautelares*. p.341 y ss. Recuperado de http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2011si/LIBRO_MEMORIA_S_Nuevo_CCA.pdf

García de Enterría, E. (1995). *La Batalla por las Medidas Cautelares*. España: Editorial Civitas, p. 167 y ss.

Gil Botero, E. (2013). *Los Presupuestos de la Responsabilidad Ambiental en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. p. 114

- Hardin, G.; Stone, C. y Rose, C. (2009). *Derecho Ambiental y Justicia Social*. Siglo del Hombre Editores, p. 40-41
- Henao, J.C. (2000). *La Responsabilidad del Estado Colombiano por Daño Ambiental. Ensayo inmerso en el libro “Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente”*. Universidad Externado de Colombia. p. 127-201.
- Jiménez de Parga y Masedad, P. (2003). Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea. En: *Política y Sociedad*, Vol. 40, N. 3. Madrid: U Complutense. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0303330007A>
- Jiménez, R. (2011). Apuntes sobre Medidas Cautelares. En: *Revista Justicia y Derecho N. 6*.
- Juzgado Administrativo 751 de Descongestión Oral del Circuito Judicial de San Gil (6 de agosto de 2014). *Radicado No. 2013-00339-00*.
- Ley 1333 de 2009. *Procedimiento Sancionatorio Ambiental*. 21 de julio de 2009. DO: 47417 [Congreso de la República].
- Ley 1437 de 2011. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. 18 de enero de 2011. DO: 47956. [Congreso de Colombia].
- Ley 23 de 1973. *Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente*. 19 de diciembre de 1973. [Congreso de Colombia].
- Ley 472 de 1998. *Acciones Populares*. 5 de agosto de 1998. DO: 43357. [Congreso de Colombia].
- Ley 685 de 2001. *Código de Minas*. 15 de agosto de 2001. DO: 45273. [Congreso de Colombia].
- Ley 99 de 1993. *Política Ambiental, Artículo 1*. 22 de diciembre de 1993 DO: 41146. [Congreso de Colombia]

López Medina, D.E. (2006a). *Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura. p. 1 y ss.

López Medina, D.E. (2006b). *El Derecho de los Jueces*. Legis.

Malagón Pinzón, M. (2011). La suspensión Provisional y la Corte Constitucional. Raíces Históricas, persistencias y transformaciones hasta el presente. Universidad Externado de Colombia.

Ministerio de Justicia (12 de diciembre de 1988). *Código Penal Militar* [Decreto Ley 2550]. DO: 38608.

Mosmann, M.V. y Ruiz, J.G. (2007). La Prueba en el Proceso Civil Ambiental. En: Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad. Tomo II. EUCASA Ediciones:Universidad Católica de Salta, Argentina, p. 309.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas, ONU (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas, ONU (1972). *Conferencia de las naciones unidas sobre el medio humano*. Estocolmo.

Organización de las Naciones Unidas, ONU (1992). Cumbre de la Tierra. 3 al 14 de junio, Rio de Janeiro, Brasil.

- Organización de las Naciones Unidas, ONU (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Organización de las Naciones Unidas, ONU (21 de marzo de 1994). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC). Recuperado de http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/la_convencion/items/6196.php
- Organización de los Estados Panamericanos (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Pacto de San José. San José de Costa Rica
- Porras Hernández, E. (2005). Medida Cautelar Innovativa y Resolución Anticipatoria. En: *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Justicia de la Nación*. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=49033&print=1>
- Quiroga, A. (2011). La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil. En: *Themis* 59, *Revista de Derecho*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110632.pdf>
- Riechmann, J. (2000). *Cultivos y alimentos transgénicos. Una guía crítica*. España: La Catarata, p. 168
- Rojas Quiñónez, C.M. (2004). *Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y su aplicación en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Sunstein Cass, R, C.M. (2009). *Leyes del Miedo. Más allá del Principio de Precaución*. Kast Editores. Recuperado de <https://books.google.com.co/books?id=gPbC-AVL4b8C&pg=PA153&lpg=PA153&dq=leyes+del+miedo+mas+alla+del+principio+de+precaucion>.

Tickner, C R and Myers, N. (1999). *El Principio Precautorio en Acción. Manual.* p.4.

Recuperado de <http://www.sustainableproduction.org/downloads/El%20Principio%20Precautorio.pdf>

Toro Huerta, M.I. (2006). El Fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional vol. VI.* Recuperado de

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>

Vargas, C. (2005). *Derecho Ambiental - Principios Rectores del Derecho Ambiental.*

Recuperado de <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-ambiental/principios-rectores-derecho-ambiental1.html>