

CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN MATERIA
AMBIENTAL DENTRO DEL DERECHO COLOMBIANO A PARTIR DE LA LEY 1333 DE
2009 FRENTE AL PRINCIPIO INTERNACIONAL DE PRECAUCIÓN.

LORENA MENDIVELSO GÓMEZ

MELISSA ZAPATA SIERRA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSTGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

JUNIO DE 2019

Conceptualización de las Medidas Preventivas en Materia Ambiental en el Derecho Colombiano a partir de la Ley 1333 de 2009 frente al Principio Internacional de Precaución

Lorena Mendivelso Gómez

Melissa Zapata Sierra

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en
Derecho Administrativo**

Paula Mazuera Ayala

Docente de Investigación



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Fundada en 1951

Universidad la Gran Colombia

Facultad de Postgrados

Especialización en Derecho Administrativo

Bogotá D.C

Índice

Introducción	14
1. Proyecto Investigación.....	17
1.1 Planteamiento del problema.....	17
Pregunta problema	20
1.2 Objetivo	21
1.2.1 Objetivo general.....	21
1.2.2 Objetivos específicos.....	21
1.3.1 Marco conceptual.....	22
1.3.2 Marco jurídico.....	28
1.3.3 Marco teórico	30
1.4 Metodología	32
 Capítulo 1.	
Las Medidas Preventivas Ambientales en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana .	33
 Capítulo 2.	
Espíritu del Principio Internacional de Precaución y su Relación con la Adopción de las Medidas Preventivas en el Derecho Ambiental Colombiano	40
 Capítulo 3.	
Potestades Administrativas Reglamentarias y Sancionatorias y su Relación con Referencia a la Adopción de Medidas Preventivas y el Principio de Precaución en Torno al Derecho Ambiental Colombiano.....	51
 Conclusiones	62
 Referencias.....	67

Lista de Figuras

Figura 1. Disposiciones Medioambientales en la Constitución Política de 1991 28

Resumen

El ambiente sano es un derecho constitucional de aplicación individual y colectiva, otorgado por la institución del estado social de derecho adoptada en la Constitución de 1991, cuyo ejercicio de ponderación para su defensa, se ve enfrentado frecuentemente a las circunstancias planteadas en pro del desarrollo económico y social del país, evidenciándose cada vez más la explotación de los recursos naturales y minerales por parte de los entes privados y en su mayoría extranjeros, bajo la premisa de contribuir al incremento del producto interno bruto y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Sin embargo, frente a recomendaciones de origen y aplicación internacional orientadas a anticipar o prever las posibles situaciones de siniestro desencadenadas por el ejercicio de estas actividades y a convidar a los países a salvaguardar este preciado bien para a su vez tener un planeta más saludable, es una interrogante pendiente por resolver el sentido en el que se orienta el actuar del legislador colombiano, su querer ser, para determinar si la normatividad proferida para la prevención de afectación al ambiente se encuentra dentro de un margen realmente eficaz o si ésta, se establece en un ámbito de aplicación únicamente dirigido a operar dentro del rango de consumación del daño para realizar su intervención como le compete, con el fin de que por medio de esta investigación se logre determinar su papel y alcance, los cuales se espera que obedezcan a aquella la garantía estatal de la prevalencia del interés general y la guarda del mencionado derecho fundamental.

Palabras claves. Medidas preventivas, Principio de Precaución, Medio Ambiente, Ambiente Sano, Legislación Ambiental, Régimen Sancionatorio Ambiental, Conservación ambiental.

Abstract

The healthy environment is a constitutional right of individual and collective application, granted by the institution of the social state of law adopted in the Constitution of 1991, whose exercise of weighting for its defense, is frequently faced with the circumstances raised in favor of economic development and social of the country, evidencing increasingly the exploitation of natural and mineral resources by private entities and mostly foreigners, under the premise of contributing to the increase of gross domestic product and improve the quality of life of citizens. However, in the face of recommendations of origin and international application aimed at anticipating or anticipating the possible disaster situations triggered by the exercise of these activities and inviting countries to safeguard this precious good in order to have a healthier planet, it is a pending question to resolve the sense in which the action of the Colombian legislator is oriented, its wanting to be, to determine if the regulations issued for the prevention of environmental damage are within a really effective margin or if this is established in a scope of application only aimed at operating within the range of completion of the damage to perform its intervention as it pertains, so that through this investigation it is possible to determine its role and scope, which are expected to obey that guarantee of the prevalence of the general interest and the protection of the aforesaid fundamental right.

Keywords. Preventive Measures, Principle of Caution, Environment, Healthy Environment, Environmental Legislation, Environmental Sanctioning Regime, Environmental Conservation

Introducción

Una de las grandes manifestaciones internacionales versada sobre los principios direccionados a proteger el medio ambiente y desarrollo sostenible, es promulgada a nivel mundial por medio de la “Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, establecida como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas (ONU) sobre el tema en el año 1992.

La Constitución colombiana (que ha llegado a establecerse como la “constitución ecológica” o “la constitución verde”) y su desarrollo legislativo, estipula el derecho del ciudadano a gozar de un ambiente saludable y por otra parte, le otorga prerrogativas al ciudadano en función del deber de participación y mecanismos de interacción con los sistemas administrativos y judiciales establecidos para el acceso al control estatal, que le permitan cumplir no solo con su obligación de intervención activa en el cuidado del medio ambiente, sino que permitan a su vez el ejercicio de sus funciones de vigilancia al cumplimiento de los fines estatales a través de las entidades designadas para su regulación, inspección y control, en la búsqueda última de garantizar su existencia, propender por su desarrollo y velar por su preservación.

Ante la ocurrencia de hechos de trascendencia nacional sobre daños medioambientales causados por actividades de explotación minera, industriales y mercantiles nacientes de la búsqueda constante de un progreso social y económico para la nación, es importante preguntarse el alcance y efectividad de las medidas adoptadas por el Estado colombiano, para determinar, prevenir y controlar el riesgo que se asocia a este tipo de daños y determinar, si en Colombia se establece realmente la adopción de los lineamientos internacionalmente expuestos al respecto y que permita evaluar el nivel de apropiación de las actividades de precaución y prevención que minimicen la responsabilidad del estado sobre resultados dañosos.

El estudio de ciertos límites para la adopción de medidas cautelares de orden administrativo en materia ambiental, o mejor conocidas como medidas preventivas, permite a los particulares y a las autoridades establecer un orden metodológico en lo que importa el ejercicio de valoración probatoria y el alcance de una determinada forma de conservación del medio ambiente o la evitación de un daño al mismo.

Sobre tales aspectos la jurisprudencia constitucional colombiana ha aportado diversos elementos de valoración crítica, y, por demás, ha explorado en el principio de precaución una forma de aplicar los juicios de razonabilidad y proporcionalidad para la admisión de una medida preventiva, cuya drasticidad puede resultar lesiva, en el entretanto la autoridad ambiental decide iniciar o no un procedimiento sancionatorio contra un eventual infractor, quién, de hecho, se presume contraventor de las disposiciones para la preservación y cuidado ambiental.

Desde este panorama, la discrecionalidad administrativa puede jugar un papel preponderante en cuanto lo técnico de la medición y cálculo del daño ambiental, como también en la transgresión de las funciones y finalidades de una autoridad ambiental, sea o no policía administrativa en ese preciso frente jurídico.

Por tanto, razonar reflexivamente sobre las implicaciones mutuas que ejercen entre sí el principio de precaución, la proporcionalidad y la adopción de medidas preventivas en materia ambiental, desde una vista jurisprudencial de carácter constitucional, pueden aportar precisiones de orden valorativo y conceptual en lo jurídico, ambas de gran valor, al momento del ejercicio del poder público que se le confiere a las autoridades ambientales, o, de otro lado, cuando deba defenderse un “presunto” infractor de la Ley ambiental, por una medida preventiva arbitraria o excesiva.

Así, el resultado de la presente investigación busca establecer la posible necesidad de impulsar una reforma legal al procedimiento sancionatorio en lo que a materia ambiental se refiere y establecer luego del estudio de las medidas preventivas establecidas por la ley, su alcance y efectividad para los propósitos superiores.

1. Proyecto Investigación

1.1 Planteamiento del problema

En el orden legal colombiano existe una clara consigna en pro y desarrollo de postulados superiores dentro de la denominada constitución ecológica¹ la cual, es definida de esta manera por la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, señalando que nuestra carta magna se reviste de una triple dimensionalidad, como principio, como derecho y como obligación, en términos de la jurista esbozados así:

(...) de un lado la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. (C.C., T-760/07, p.1, 2019)

A su vez, esta llamada constitución ecológica, recoge valores axiomáticos² de los cuales se sirvió de fundamento para erigir nuestra Constitución Política en 1991, estos valores como aquellos incuestionables e indiscutibles que erigen la norma superior y con base en los cuales se desprende el fin del estado en si mismo.

¹ Además, sobre el concepto de Constitución Ecológica, ver, entre otras, Sentencias T-411/92, C-058/94, C-375/94, C-126/98, C596/98, C-794/00, C-150/05, C-703/10, C-189/06, C-666/10, C-915/10.

² Máynez, E. (1992). La axiomática Jurídica y el Derecho a la Libertad. *Revista de la Universidad Nacional*, 297-305. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/viewFile/13532/14213>.

Ese cuerpo normativo *superior* asigna tanto en el derecho fundamental a la educación³, como en su pleno del Capítulo 3 del Título II, una serie de garantías y derechos al disfrute de un ambiente sano como una suerte de prerrogativa colectiva y constitucional⁴, y, a su vez, en el numeral 8 de su artículo 95, carga en cada habitante del territorio nacional, de manera individual, la obligación de proteger tanto los recursos culturales como los recursos naturales de la nación y velar por la preservación de un ambiente sano, por lo que toda actividad humana de cualquier orden debe orientarse, precisamente, dentro del cuidado y preservación del medio ambiente.

Al efecto, la misma constitución prevé que “a través del desarrollo legislativo se establecerá el alcance del ejercicio de las libertades económicas que se desprendan tanto del interés de la comunidad, como las exigencias del entorno y del medio ambiente así como la riqueza nacional y en materia económica impone la carta magna, que será el Estado quién “intervendrá por el imperio de la norma en el aprovechamiento, uso y explotación de los todos recursos naturales en tanto este, no llegue a lesionar los intereses colectivos manteniéndose dentro de los límites del bien común respecto a la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes así como en la prestación de los servicios públicos” (Const. P., art 333 - 334, 1991), es así que estos ejes deben componer la administración y gestión financiera del país en un intento por cambiar y/o reducir el gasto de manera sostenible, proporcionando un equilibrio para el bienestar de los habitantes de acuerdo a las circunstancias equitativas de la riqueza natural en pro de un ambiente sano como derecho colectivo.

Desde tales preceptos y presupuestos constitucionales se encumbró el ambiente sano como un derecho de todos quienes habitan, de forma permanente o pasajera, el territorio nacional

³ Const. P., art. 67, 1991.

⁴ Const. P., art. 79, 1991: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (...) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

colombiano y, de paso, se asignó a determinadas autoridades públicas del poder ejecutivo la realización de este derecho, revistiéndolas de obligaciones para su conservación, interpretadas y enlistadas por la Corte Constitucional, reduciéndolas a las enumeradas a continuación:

1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. (C.C., C-431/00, p. 13, 2000).

En aras de potenciar las garantías de un ambiente sano, el legislador se puso a tono con el querer mundial, y consagró un modelo de gestión ambiental de carácter sancionatorio con la expedición de la Ley 1333/2009, en dónde estipuló el denominado Principio de la responsabilidad ambiental, que hace posible la prevención de los daños dentro de una forma de análisis económico en el que, al contaminador, en términos cuantitativos, le resulte en proporción más benéfico producir o ejercer una actividad con el mínimo de contaminación. Pero, no sólo a ello se contrajo el cometido legal, sino que además diseñó formas preventivas que tienen por función la de “prevenir, impedir o evitar situaciones que pongan en peligro el medio ambiente y sus recursos, así como la salubridad.” (L. 1333, art. 4, 2009).

Las medidas preventivas en materia de ambiental, a su turno, están señaladas en la ley y deben adoptarse por medio de un acto administrativo motivado, o, tratándose de flagrancia, dejar

plenamente determinado en acta los hechos en que se fundamenta su adopción por parte de la autoridad correspondiente. No obstante, tales medidas guardan cierto carácter o sustento discrecional de orden técnico, en el que la autoridad puede apalancar una determinación administrativa que le haga incurrir en decisiones arbitrarias o inconvenientes, cuya única modulación, a nuestro criterio, se encuentra en la proporcionalidad que otorga el principio de precaución en materia ambiental, pues, ausculta al querer último o finalidad concreta de las tales medidas preventivas.

Pregunta problema

¿Cuál es el alcance de las medidas preventivas desde los parámetros determinados por la Ley 1333 de 2009, frente a la garantía del Estado sobre la protección del medio ambiente y el principio internacional de precaución?

1.2 Objetivo

1.2.1 Objetivo general.

Determinar el alcance y efectividad de las medidas preventivas desde los parámetros determinados por la Ley 1333 de 2009, frente a la garantía del Estado sobre la protección del ambiente y el principio internacional de precaución

1.2.2 Objetivos específicos.

- Identificar, desde la jurisprudencia constitucional colombiana, la finalidad de las medidas preventivas en materia ambiental.
- Establecer el espíritu del principio internacional de precaución y su relación con la adopción de las medidas preventivas en el Derecho ambiental colombiano.
- Determinar las potestades administrativas reglamentarias y sancionatorias y su relación con referencia a la adopción de medidas preventivas y el principio de precaución en torno al Derecho ambiental colombiano.

1.3 Marcos de referencia

1.3.1 Marco conceptual.

Para iniciar a ahondar en el tema de las medidas preventivas y el principio de precaución, se hace necesario tener de antemano la definición del objeto sobre el que estos elementos versan, el medio ambiente.

La primera definición a considerar, es aquella esbozada en la Conferencia de la ONU sobre Medio Ambiente desarrollada en Estocolmo llevada a cabo en el año 1972, donde se definió como el conjunto de elementos (físicos, químicos, biológicos y sociales) capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo determinado, sobre los seres vivos y las actividades humanas.

Es así como se percibe al medio ambiente no solo como los factores tangibles que el ser humano pueda identificar, sino que se atreve a dar alcance a factores abstractos como componentes de tipo biológico y social que afecten de alguna manera la existencia animal y humana en un sentido más filosófico, que a la hora de determinarlos pueden tener múltiples fuentes para su causación.

Para comparar el concepto con aquel manejado de manera expresa en nuestro idioma español, el concepto de medio ambiente se reduce a el “conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades” (Real academia de la lengua española [RAE], 2005, párr. 1)

Tampoco tal definición nos enmarca únicamente en elementos determinados como tangibles, sino más bien, involucra todo aquel elemento perceptible por un ser en su calidad de vivo, que incidan en su desarrollo y progreso.

Retomando el evento de talla internacional como lo fue la referida cumbre, se tiene que en ella se tomó como base para la elevación de sus principios, el concepto de desarrollo sostenible, definido a su vez por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, llamada la Comisión Brundtland, realizada en 1987, donde se define a este como “(...) el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. (ONU, s.f., párr 4).

La anterior premisa indica, que un desarrollo sostenible es aquel que basa su esencia en el crecimiento tanto tecnológico como industrial así como el desarrollo de la cultura y desempeño social de la comunidad, siempre y cuando las actividades que se lleven a cabo con la excusa de este avance, no se constituyan en aquellas que creen deterioros irremediables, la extinción de especies o aquellas actividades que a futuro causen perjuicios irremediables o consecuencias irreversibles para las generaciones venideras y la existencia del medio ambiente en sí a lo largo del tiempo.

Ahora bien, respecto al concepto de las medidas preventivas previstas en el régimen sancionatorio ambiental, estas son definidas como un “tipo de medida cautelar incorporadas en la legislación ambiental pero que revisten de particularidades propias de su ámbito de aplicación” (Páez y Rodríguez, 2013, p. 1).

Entiéndase como medidas cautelares en términos generales, aquellas que buscan prevenir la ocurrencia de un hecho, garantizar su ocurrencia o conservar un estado de las cosas por medio de su aplicación.

En este entendido, las medidas preventivas buscan salvaguardar el medio ambiente de aquellas conductas lesivas u omisivas de las cuales se conozca previamente que causen una afectación al bien jurídico tutelado objeto de esta materia, que es el medio ambiente, convirtiéndose en el instrumento mediante el cual la autoridad ambiental busca ejercer acciones que adviertan, suspendan, terminen y/o modifiquen las actividades ejecutadas por el actor y que conlleven a la comisión de un daño medioambiental, medidas que deben ser aplicadas de forma proporcional teniendo como objetivo el establecimiento del desarrollo sostenible.

La participación activa para la invocación del derecho constitucional a un medio ambiente sano es ejercida por la comunidad a través de la figura de la acción popular, la cual en el derecho ambiental ha sido establecida en palabras de Salazar (2013) como aquel instrumento revestido de idoneidad para la custodia del derecho al medio ambiente sobre el cual, las medidas cautelares se revisten de protagonismo para garantizar así que este derecho colectivo sea efectivo y acorde con la finalidad preventiva de este mecanismo constitucional como del principio de precaución.

Sin embargo, vemos como este tipo de acciones no son frecuentemente ejercidas por el pueblo, toda vez que, en tiempos pasados, con ellas se perseguía el beneficio económico establecido por la ley a aquellos que las interpusieran, beneficio posteriormente derogado, conllevando así al menoscabo de su espíritu de salvaguardar el interés general y ser considerada como un mecanismo primario en la solicitud de escucha por parte de los administrados.

Retomando un concepto enunciado anteriormente, el ordenamiento jurídico define el desarrollo sostenible de manera similar a lo interpretado internacionalmente, estipulándolo como aquel “que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni

deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades” (L. 99, art. 3, 1993).

Finalmente, otro concepto principal a tener en cuenta es aquel referido al principio de precaución o también llamado principio precautorio, el cual es definido por Arcila (2010) en artículo escrito para la publicación *Opinión Jurídica*, como uno de los pilares del derecho ambiental que se encuentra enfocado a la evitación de los daños calificados como graves y que no puedan resarcirse, bajo el cual se imponen medidas preventivas en los casos en los que no se tenga certeza absoluta sobre la afectación o daño que la o las actividades pudiesen ocasionar a los recursos naturales.

Es así como se evidencia que el autor hace referencia a la aplicación de índole judicial que se realiza del principio de precaución, dirigiéndolo a la imposición de medidas preventivas, las cuales, como ya hemos venido estudiando, tienen orígenes y alcances diferentes.

Luego, el peligro que enfrenta el medio ambiente es el punto de referencia para la aplicación de los principios que guían el derecho ambiental en Colombia los cuales persiguen como fin, dotar a las respectivas autoridades y a los ciudadanos las herramientas para actuar ante escenarios que comprometan de forma grave el ambiente y también los derechos que con él se encuentran relacionados, como lo puede ser la salud, la vida digna, la propiedad privada entre tantos otros de índole individual que pueden ser menoscabados en conexidad con la afectación a este derecho colectivo.

Sobre tal particular sostiene muy reconocida doctrina española que la actividad de participación ciudadana se ve reflejada, ya que pueden conocer todo, analizar la transparencia en las decisiones de los organismos de administración y control (Massolo, 2009). Es así como los administrados estamos llamados a entender de temas medioambientales, a vigilar las actividades

desarrolladas en consigna de este, a evaluar el desempeño ejercido por las autoridades revestidas de estas competencias y participar de manera activa en el control ciudadano cuya facultad constitucional se otorgó con fines idealistas pero que en nuestro país no logran la adopción ni la fuerza que tienen en otras culturas que adoptan la defensa de sus intereses como una real causa propia y sin necesidad de que medien motivos de índole personal de por medio.

Una fórmula práctica desarrollada por los expertos en la medición del impacto ambiental de las actividades o proyectos humanos, ha sido clarificada en sendos puntos de partida y verificación, entregando elementos de orden metodológico que, si bien presuponen cierto conocimiento ambiental, son genéricos y demarcados por el deber de la administración pública de socializar asuntos propios del territorio sobre el cual ejerce jurisdicción en materia de preservación del medio ambiente sano y la salud humana. Es así como debe proponerse por parte de la administración jornadas de conocimientos básicos en temas medio ambientales, la importancia de dar cumplimiento al principio estatal de la publicidad, de manera que la población tenga pleno conocimiento de las actividades desarrolladas en estos aspectos y disponga de herramientas de entendimiento para ejercer el deber de vigilancia mencionado anteriormente.

Uno de los métodos más representativos de medición del impacto ambiental que sirve como base para la adaptar de medidas preventivas usados en otros países y no tan definidos claramente en la legislación colombiana, por no decir que inexistentes, se describen en la obra de Laura Massolo (2009), en dónde se reseñan los pasos que se exponen a continuación:

- Listas de Chequeo: diseñar un listado de efectos y operaciones donde se subrayan las interacciones.

- Gráficos y diagramas de flujo: su función es determinar la cadena de impactos determinar las cadenas de impactos primarios, secundarios en las interacciones y buscar la proyección de impactos operados.
- La cartografía ambiental o superposición de mapas: a través de mapas se representan las características ambientales que se consideren dando color y grado a los impactos tanto positivo como negativo.
- Sistema de información geográfico: sigue un manejo de datos especial dando solución al problema.
- Método del Instituto Batelle Columbus: Evalúa sistemáticamente el impacto ambiental, que consiste en construir un árbol en cuatro niveles:
 - a. Categorías
 - b. Componentes
 - c. Parámetros
 - d. Medidas
- Matices, tabla con doble entrada: donde se observa característica y elementos ambientales, con acción precisa del proyecto.

Sobre estos cuatro ejes teóricos de procedibilidad, se postula que deben asumirse como viables o inviables las medidas preventivas que quiera adoptar una autoridad para preservar el medio ambiente o para evitar su deterioro.

Sin embargo, es muy facultativo de la autoridad ambiental el diseño de la reglamentación aplicable a la imposición de las medidas preventivas en el país, como se analizará a lo largo de la presente investigación.

1.3.2 Marco jurídico.

Constitucionalmente, las disposiciones esbozadas en pro de la garantía estatal al goce efectivo del medio ambiente se ven recopiladas en la siguiente figura:

Artículo	Contenido
7	Hace alusión a la diversidad étnica y cultural de Colombia.
8	Se obliga a cuidar las riquezas del país.
49	Se reconoce la salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos del Estado, por lo tanto, es su obligación suministrarlos.
63	Se estipula que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos y los demás bienes que determine la ley son bienes especiales que no se pueden embargar o cualquier acción que los afecte.
79	Se enuncia el derecho a un ambiente sano.
80	Se establece como deber del Estado el desarrollo sostenible.
81	Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción en el territorio nacional de residuos nucleares y derechos tóxicos.
88	Se da como posibilidad las acciones populares como recurso para la defensa del medio ambiente.
95	Se establece el deber del ciudadano para conservar y proteger el medio ambiente.
330	Se establece la independencia de los consejos indígenas respetando su medio ambiente

Figura 1. Disposiciones Medioambientales en la Constitución Política de 1991. (Adaptado de: <https://ugc.elogim.com:2117/lib/biblioulagrancolsp/detail.action?docID=5635960&query=Auditoria+Forense> (Fonseca, 2018, p. 72)

Para indagar a fondo respecto del asunto de la presente investigación es necesario referirse de primera mano a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo que nace en virtud de la Conferencia de la ONU sobre el tema, llevada a cabo del 3 al 14 de junio de 1992.

Internacionalmente, la intención de los estados de mantener un desarrollo sostenible también fue plasmada en la cumbre de la ONU llevada a cabo en Nueva York en el año 2000, denominándose “La declaración del milenio”.

Por su parte, la Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA” (p. 1) adopta en el ordenamiento jurídico colombiano, la observancia de los principios establecidos en la referida declaración.

Frente a esta disposición, la Corte Constitucional en Sentencia C-528 de 1994 cuyo Magistrado Ponente es el Doctor Fabio Morón Díaz, al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por estimarse que la Declaración de Río de Janeiro ha debido incorporarse mediante ley aprobatoria de tratado público, consideró que, como su nombre lo indica, es una declaración abierta a la adhesión de los Estados y que los principios incorporados mediante la Ley 99 de 1993 tienen capacidad para producir efectos jurídicos y además, argumenta también el Magistrado Morón en misma sentencia que se encontró que la norma acusada está plenamente delimitada respecto al vigor indirecto y mediato dentro del ordenamiento jurídico, sin establecer conductas específicas ni consecuencias determinadas, las cuales quedan condicionadas a la presencia de otros elementos normativos completos.

Es así como el máximo ente de interpretación mediante doctrina constitucional, estableció la aplicabilidad de dichas recomendaciones internacionales a través del desarrollo voluntario de la legislación interna del país.

Seguidamente, respecto de la reglamentación para la emisión u otorgamiento de las licencias ambientales, se han expedido varias disposiciones, como lo son entre otras, el Decreto 1753/94,

disposición que posteriormente fue reemplazada por el Decreto 1728/02, y a su vez siendo derogado por el artículo 29 del Decreto Nacional 1180/03, por el Decreto 1120/05, por el Decreto 2820/10 y el vigente hoy, el Decreto Nacional 2041/14, que se mencionan para conocimiento pero que no serán tratadas a profundidad por no ser parte del enfoque temático.

Posteriormente, debemos hacer énfasis importante sobre la Ley 1333/09, “Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones” con el fin de conocer cuáles son y como se desarrollan las medidas preventivas, como parte del régimen sancionatorio ambiental adoptadas en el país.

A su vez sobre delitos en contra del medio ambiente y/o ecológicos, se expidió la Ley 491/99, corregida por el Decreto 623/99 y modificada por la Ley 599/00, nuestro actual código penal, también modificado por la Ley 1453/11.

Sobre el principio de precaución, este ha sido descrito por la Ley 1523/12, “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.

Jurisprudencialmente, es pertinente el análisis de los pronunciamientos más destacados sobre el tema objeto, dentro de los que se enumeran los siguientes pronunciamientos constitucionales sin limitarse a éstos: C- 528 de 1994, C-293 de 2002, C- 988 de 2004, C-595 de 2010, C-703 de 2010, T-360 de 2010, C-123 de 2014, C-259 de 2016 y C-219 de 2017.

1.3.3 Marco teórico

La presente investigación es desarrollada acudiendo al realismo jurídico en la medida en la que se busca el análisis del alcance y la eficacia social de las normas descritas en nuestra legislación, estudiando el cumplimiento de la función jurisdiccional frente a la adopción de

disposiciones y posiciones jurisprudenciales frente a principios adoptados internacionalmente, soportado en el método analítico-sistémico.

1.4 Metodología

La presente investigación es del tipo jurídico ya que involucra el análisis legislativo, con enfoque epistemológico histórico-hermenéutico, ya que busca a través del conocimiento del tema recopilar los diferentes planteamientos legales sobre la protección del medio ambiente en Colombia, buscando así establecer la interpretación dirigida por el legislador de las premisas normativas que permitan así reconocer el sentido que dio éste a sus disposiciones y su motivación, esto a través de la recolección de información relacionada obedeciendo a fuentes normativas, jurisprudenciales y documentales, herramientas que permiten la aplicación de un análisis mediante el método sistemático, es decir, teniendo en cuenta la norma en el contexto jurídico colombiano.

Es así, como esta monografía se encuentra enmarcada en la línea de investigación denominada “Derecho Constitucional, Reforma de la administración de justicia y bloque de constitucionalidad: Constitución de 1991 y conflictos jurídicos en Colombia” dado que la misma pretende determinar el desarrollo de las garantías constitucionales estipuladas en los artículos 79 y 80 de la carta superior que estipulan el “*derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y la planificación que deberá tener el estado para garantizar el desarrollo sostenible, así como prevenir y controlar el deterioro ambiental además de exigir la reparación correspondiente por daños causados*” (Const. P., 1991).

Todo lo anterior, permite realizar una comparación práctica frente al Derecho Internacional Ambiental y sus principios rectores, determinando la línea en la que el estado colombiano ejerce acciones tendientes a la aplicación del principio de precaución y la efectividad de las medidas preventivas adoptadas por la legislación colombiana.

Capítulo 1.

Las Medidas Preventivas Ambientales en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana

La Constitución atañe al Estado Colombiano la obligación de prevenir y controlar los factores que deterioran el medio ambiental, tanto como ejercer por medio de medidas cautelares determinadas la imposición de sanciones legales y a su vez, requerir la reparación del daño causado por las actividades relacionadas con la explotación o intervención del medio ambiente en el caso de que éstas se causen, y por tanto, adquiere una imperativa labor preventiva la cual deberá aplicar apoyándose en diferentes principios, entre los que se encuentran el principio de prevención y el principio de precaución.

La Honorable Corte Constitucional también ha sido reiterativa al pronunciarse sobre el deber del Estado Colombiano frente a garantizar un medio ambiente sano y sobre el cuidado de los recursos naturales.

Es así que éste máximo órgano judicial sobre temas constitucionales sostiene que:

Cuando se habla de prevención o de precaución como principios del derecho ambiental, no se hace alusión a la simple observancia de una actitud prudente o al hecho de conducirse con el cuidado elemental que exige la vida en sociedad o el desarrollo de las relaciones sociales, puesto que su contenido y alcance adquieren rasgos específicos, a tono con la importancia del bien jurídico que se busca proteger y con los daños y amenazas que ese bien jurídico soporta en las sociedades contemporáneas. (C.C., C-703/10, p. 39, 2010).

También expuso que la naturaleza de las medidas preventivas no refiere específicamente a una sanción y que dado su espíritu preventivo:

(...) su ejecución y efecto debe ser inmediato, esta naturaleza de estas medidas riñe con la posibilidad de que su aplicación pueda ser retrasada mientras se deciden recursos previamente interpuestos; además la decisión de la autoridad ambiental debe hacerse por acto administrativo debidamente motivado, alejado de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho, y como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que así la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho. (C.C., C-703/10, p. 4, 2010).

Con lo anterior es de anotar que el Magistrado ponente ve el procedimiento a seguir por parte de las autoridades ambientales es constituido como un mecanismo de control posterior, es decir, que se dé primeramente la expedición del acto administrativo que declare la medida y que si se llegase a recaer en alguna ausencia de forma o fondo en el mismo, pueda ser demandado, por ello el carácter de preventivo pierde su esencia y se observa así la ejecución de un mero procedimiento sancionatorio, que se aplica después de la ocurrencia o consumación del daño, por ende no se previó, se esta es castigando, alcance que no guarda relación con la denominada precaución.

Es necesario además hacer referencia a lo que establecen los artículos 36 y 40 de la Ley 1333 de 2009, sobre las medidas preventivas y las sanciones por ésta última previstas, bajo la premisa de que su aplicación deberá obedecer en forma proporcional a la gravedad de la infracción, al respecto, el mismo Honorable Magistrado en el 2010 aludió en el mismo pronunciamiento, que ya que estas medidas no se constituyen en sanciones, el principio de precaución es el que le

permitirá a la autoridad ambiental cuando se halle en un estado de incertidumbre y a falta de una valoración precisa que determine el riesgo o la gravedad del daño que de él se derive, dar aplicación a la medida preventiva, ya que en tanto se hable directamente de la sanción esta circunstancia de incertidumbre no podría existir, teniendo así que no todas las circunstancias van a constituirse en la misma gravedad por ende no todas admitirán el mismo tipo de sanción.

No obstante, debemos resaltar que, en la referida ley, la aplicación de medidas preventivas se determinará según el daño, retomando el planteamiento ya expuesto, respecto de la necesidad de existencia material de un daño y por tanto, la sanción es aplicada según la gravedad del mismo dejando de lado la anticipación requerida sobre éste y facultando a la autoridad a determine unilateralmente su criterio de valoración sin reglas de evaluación muy claras.

¿No debería ser el derecho ambiental colombiano esencialmente preventivo según la misma Ley y los principios constitucionales? Ahora bien, ello implicaría que las autoridades estén obligadas a actuar de forma inmediata frente a la detección de un posible daño y significa que la demora en la aplicación de las medidas (trámite administrativo) puede generar situaciones que afecten el derecho adquirido por el actor autorizado y provocar consecuencias que pueden ser irreversibles.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por su parte en pronunciamiento de la misma jurisprudencia, ha indicado que: “(...) las medidas preventivas gozan de un amplio respaldo constitucional y, dada su naturaleza, pueden practicarse antes de que el afectado tenga noticia de ellas (...)” (C.C., C-703/10, p. 22, 2010).

Así esta autoridad ambiental podríamos afirmar se encuentra estipulando que las medidas preventivas se revisten de un carácter de aplicación inmediata, lo cual no está textualmente acorde con lo reglamentado.

Por otra parte, el Honorable magistrado Iván Humberto Escruera Mayolo, en otro pronunciamiento, refiriéndose a los artículos 46 y 366 constitucional señala que:

(...) proteger las riquezas naturales de la Nación; es un derecho constitucional (fundamental y colectivo) exigible por todas las personas a través de diversas vías judiciales; y es una obligación en cabeza de las autoridades, la sociedad y los particulares, al implicar deberes calificados de protección. Además, la Constitución contempla el “saneamiento ambiental” como servicio público y propósito fundamental de la actividad estatal (C.C., C-219/17, p. 21, 2017)

La prestación del servicio público como fin único del estado para garantizar la satisfacción del interés general es una prerrogativa a la cual se dirigen los principios que erigen la función pública, por lo tanto si el saneamiento ambiental hace parte de estos servicios públicos, no cumplir con sus propósitos estaría en contravía de lo dispuesto además de la misma constitución, en los tratados internacionales suscritos por Colombia, y no tendría sentido alguno que el estado sea administrativamente responsable a causa de un mal ejercicio por parte de las autoridades designadas para el cumplimiento de estos fines, que en últimas se reduce al servidor público revestido de estado quien debe propender por la transparencia en la ejecución de actividades dirigidas a los procedimientos reglamentarios en materia ambiental. Además, nuevamente el máximo tribunal a través de su doctrina insta al ciudadano a involucrarse de manera activa en la vigilancia y control para el cumplimiento de tales fines.

Continuando con la línea de análisis jurisprudencial, en la sentencia C-123 de 2014 la Corte reiteró la exposición de los deberes correspondientes al Estado, desde el punto de vista del medio ambiente como derecho, como ya se citó en el marco del planteamiento del problema de la presente investigación, haciendo alusión a la sentencia C-431 de 2000.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-259 /2016, complementó estos deberes estatales señalándolos de fundamentales, enlistándolos en cuatro deberes. Para definir el primer deber, el deber de prevenir, conmina a la implementación de medidas o políticas públicas basadas en el principio de planeación y encaminadas al desarrollo sostenible; para el segundo, el deber de mitigar, hace referencia a la aplicación de planes de manejo ambiental y de las licencias ambientales con el fin de restar los impactos negativos de las actividades o proyectos; sobre el tercero, el deber de indemnizar o reparar, se refiere al principio de responsabilidad civil objetiva del estado cuando se causen perjuicios a derechos colectivos y viceversa al deber de exigir la aplicación de las medidas de reparación de los daños causados por terceros, contemplando las medidas compensatorias que lejos de constituir sanción buscan una restauración del daño causado. Por último, sobre el cuarto deber, el deber de punición frente a los daños ambientales, hace referencia al artículo 80 constitucional, indicando la potestad sancionatoria del estado que admite su ejercicio mediante la vía administrativa sancionatoria del derecho administrativo, así como a través del derecho penal.

Sobre esto último, en la práctica, generalmente debe darse el procedimiento administrativo que determine la responsabilidad bien sea del servidor público o la culpa del tercero infractor, por ejemplo, en un incumplimiento contractual, que conlleve a la adecuación típica de la conducta en el proceso penal.

En la misma línea, y ahondando en la concepción de las medidas preventivas en sí, en la Sentencia C-595/2010 se estableció el carácter de fundamental al derecho al medio ambiente sano por conexidad, aclarando la función administrativa sancionatoria en esta materia y

estableciendo a su vez, la constitucionalidad de la presunción de culpa o dolo del infractor concebido en la norma mencionada con anterioridad, de la siguiente manera:

SANCION ADMINISTRATIVA EN MATERIA AMBIENTAL-Función
(...) Las medidas preventivas 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 atenta con el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana. (C.C., C-595/10, p. 8, 2010)

Interpretando lo anteriormente enunciado, no se evidencia de este apartado, que se le dé alcance a la aplicación de medidas preventivas hasta un carácter precautorio, sino más bien netamente preventivo, disposiciones que, aunque gramaticalmente pareciesen sinónimos, contienen fondos y propósitos muy diferentes, cuya distinción específica se enunciará en el siguiente capítulo de la presente investigación.

Para tener en cuenta por el momento, en la misma sentencia del Honorable Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, al dilucidar qué es lo que se constituye como sanción ambiental, se hace expresa relación entre la existencia de un hecho generador y un nexos causal así:

INFRACCION EN MATERIA AMBIENTAL-Concepto. *Se considera infracción en materia ambiental i) toda acción u omisión que viole las normas previstas en el Código de Recursos Naturales Renovables, el Decreto ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y demás normas ambientales, ii) la comisión de un daño al medio ambiente bajo las mismas condiciones de responsabilidad civil extracontractual, a saber: el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo entre los dos. (C.C., C-595/10, p. 9, 2010)*

Es así, que de los extractos jurisprudenciales esbozados y luego del análisis de cada uno se advierte que las medidas preventivas descritas en el artículo 36 de la Ley 1333/2009, cuya función se describe en “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” (L.1333, art. 4, 2009), no se dirigen a la prevención en el sentido estricto de la lengua castellana en el sentido de aquellas dirigidas a la anticipación a un riesgo desconocido, sino que más bien en el sentido abstracto del legislador de un control posterior, se resumen a ser aplicables prácticamente a daños ya consumados, ya materializados, detectables y comprobables por el método científico, sobre los cuales se iniciaría un procedimiento administrativo que busca la sanción por el hecho ya cometido y el resarcimiento del referido daño, es decir, en premisa, la existencia material de un hecho, sobre el cual no se evidencia en la Ley ni en la jurisprudencia, pautas tales que permitan la real anticipación a su consumación, asunto que parece versar únicamente sobre el fondo de la disposición internacional del principio de precaución, estudiado a continuación.

Capítulo 2.

Espíritu del Principio Internacional de Precaución y su Relación con la Adopción de las Medidas Preventivas en el Derecho Ambiental Colombiano

Para hablar del principio de precaución, se hace imperioso remitirse a la *Declaración de Río de Janeiro* sobre medio ambiente y desarrollo, la cual establece que:

PRINCIPIO 15. 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 (subrayado fuera de texto) en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (ONU, s.f., p. 1).

Por otra parte, la Opinión Consultiva OC-23 DE 2017 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y solicitada por Colombia, expresó que:

(...) los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. En efecto, en el contexto de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las

medidas que sean “eficaces” para prevenir un daño grave o irreversible (Corte Interamericana de Derechos Humanos, [CIDH], 2018).

Considera esta organización además, que en los instrumentos adoptados internacionalmente se dirige la aplicación de medidas a aquellas que sean además de efectivas, sean eficaces en cuanto costos se refiere, por lo cual podría pensarse que solo los países más desarrollados o con potenciales económicos fuertes podrían garantizar un rubro de inversión para la adopción y aplicación de las mismas, a través por ejemplo de herramientas tecnológicas desarrolladas que soporten los estudios previos de viabilidad de un proyecto a desarrollar. Se refiere igualmente a la diferenciación del daño que es de tipo grave o irreversible para la aplicación del principio de precaución, frente a un daño significativo donde se enmarcan las medidas preventivas.

A su vez, la Ley 99 de 1993, esboza el primer pronunciamiento local sobre los principios internacionales sobre medio ambiente y especialmente sobre el principio de precaución, a través del artículo 1º, numerales 1 y 6 que disponen:

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.

(Subrayado fuera de texto).

(...)

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 (Subrayado fuera de

texto) 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.

(L. 99, art. 1, 1993).

Respecto del artículo 1° citado, es pertinente señalar que la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-528/1994, declaró la Exequibilidad del texto demandado, no sin antes dilucidar que la “*Declaración de Río de Janeiro*”, no constituye tratado internacional, por ende no está sujeto a las reglamentaciones de adopción de este tipo de disposiciones como parte del Bloque de Constitucionalidad, si no que por el contrario, se trata de un lineamiento internacional dirigido a evocar la naturaleza de tal declaración dentro del derecho comunitario de recomendar mejores alternativas de adopción de medidas de protección al medio ambiente por parte de los estados, cuyo contenido expreso se citó en el capítulo anterior de análisis de jurisprudencia.

De acuerdo con lo anterior, se torna confusa la intención del legislador al plasmar en la Ley 99 de 1993 la disposición de seguir lineamientos de la mencionada declaración si estos, no tienen el carácter de fuerza vinculante del Derecho Comunitario tradicional, constituyéndose en una mera recomendación aislada del carácter imperioso de la fuerza de una ley promulgada por el legislativo, dando cabida así a un vacío jurídico sometido a interpretación, al momento de determinar la responsabilidad objetiva de alguna autoridad ambiental, en tanto la interpretación del máximo tribunal, versa sobre el carácter meramente optativo de estas disposiciones, frente a lo cual es válido interrogarse sobre las razones por las cuales tales principios no se constituyen entonces por el estado colombiano en la rigurosidad de un tratado internacional, al que de acuerdo con lo dispuesto al texto constitucional, se someta de forma explícita a la promulgación de una ley que lo adopte.

A partir de las definiciones constitucionales contenidas en las premisas jurídicas de la Ley 1333 de 2.009, ha podido elucidarse para los fines y objetivos propuestos en este trabajo jurisprudencialmente, lo siguiente:

1. La corte en sentencia C-293/02, a la cual también ya hicimos referencia en el capítulo anterior, expone el principio de precaución como aquel usado de forma excepcional y motivada, declarado a través de acto administrativo demandable.
2. El carácter excepcional de la aplicación de este principio y necesidad de una evidencia científica para la configuración del riesgo, como se vio anteriormente sobre las medidas preventivas, fue respaldado más adelante en 2004, por el Magistrado Ponente. Humberto Sierra Porto así:

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Consagración constitucional/PRINCIPIO DE PRECAUCION-Alcance. (...) 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. (...). 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 (C.C., C-988/04, p.1-2, 2004).

Hasta aquí, se podría esbozar que en el derecho colombiano, la prevención de que se causen daños medioambientales, no puede concebirse como aquella en la que se usa el principio de precaución de forma arbitraria, sin la determinación concreta de un riesgo comprobado científicamente ni de la evidencia de un daño con niveles de certeza que no se comporten violatorios frente a un debido proceso, sujeto de controversia mediante el ejercicio de contradicción del presunto disciplinado ambientalmente si así puede llamarse, en un entendido global en el que no se estaría considerando la prelación del interés general medioambiental, sino que por su parte, en un ejercicio de ponderación se daría mayor respeto o relevancia a derechos procesales individuales.

3. En términos de la Sentencia C-703 de 2010, se logró advertir que son los principios de prevención y precaución aquellos que dirigen el derecho ambiental y que su propósito es brindar herramientas a las autoridades competentes para proceder ante hechos que lo comprometan gravemente. Enuncia este aparte jurisprudencial además que:

Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, (...) 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 (Subrayado fuera de texto) (C.C, C-703/10, p. 2, 2010)

4. Luego se estableció, que las medidas preventivas en materia ambiental obedecen en el régimen colombiano al principio de precaución, y, para su concreción, se han determinado legalmente las siguientes:

i) amonestación escrita; ii) decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción; iii) aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres; y iv) suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente (...) (C.C., C-219/17, p. 27, 2017).

5. El carácter constitucional del principio de precaución deviene de su instrumentación en el derecho internacional público, dado que en criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-703 de 2010, este principio ha tenido particular repercusión respecto a lo que dice la “Declaración de Rio de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo que definió (como se refirió en otro aparte del presente escrito) en su principio número 15 sobre la aplicación del principio de precaución en los estados de una manera acorde a sus capacidades y que cuando haya peligro de daño no será excusa la ausencia de certeza científica.

6. Frente a lo que se expone en la sentencia C-595/2010 al conceptualizar la mencionada distinción de principios, en ha expresado la corte que:

PRINCIPIO DE PRECAUCION Y PREVENCION AMBIENTAL-Distinción. La prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: 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, los cuales son limitados e imperfectos. En consecuencia, no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar los riesgos de daños, porque éstos no pueden ser conocidos en su exactitud (C.C., C-595/10, p. 4, 2010)

Así las cosas, se continúa orientando el principio de precaución a la adopción de procedimientos de evaluación de riesgos y trámites de autorización de licencias ambientales, (autorizaciones previas) con el fin de determinar el potencial dañoso de una actividad de esta naturaleza, análisis sobre el que se versará en el siguiente capítulo, con el fin de examinar el alcance administrativo y procedimiento adoptado para ello.

Sobre la aplicación del principio de precaución en los actos administrativos expedidos en virtud de los trámites sancionatorios, sostuvo la corte, a través de su Magistrado Ponente Doctor Nilson Pinilla Pinilla, que además de ser estos motivados, serán aplicados en el caso de que sea evidenciado *“un peligro de daño, que éste sea grave e irreversible, que exista un principio de*

certeza científica, así no sea ésta absoluta, que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente” (C.C., T-360/10, p. 22, 2010).

Esboza a modo de conclusión, dentro del mismo pronunciamiento jurisprudencial, además de la afirmación de que el estado se encontró interesado en dar aplicación al principio de precaución con la suscripción de la Declaración de Río y la expedición de la Ley 99 de 1993, que “(...) *se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta” (C.C., T-360/10, p. 23, 2010)*

Señalando en última medida que:

(...) la Comunidad Europea consagra, en el artículo 174 numeral 2°, la aplicación del referido principio de precaución, al establecer que “la política medioambiental de la Unión tendrá como objetivo un nivel elevado de protección, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los daños al medio ambiente, preferentemente en el origen, y en el principio de que quien contamina paga (C.C., T-360/10, p. 22-23, 2010).

Se resume así hasta el momento en la disposición citada anteriormente, lo identificado a lo largo del análisis jurisprudencial esbozado en el capítulo anterior, evidenciándose una línea jurisprudencial congruente de la Corte Constitucional sobre el tema.

Sin embargo, solo hasta 4 años después y no específicamente en leyes ambientales, sino mediante la expedición de Ley 1523 de 2012, el legislativo se permitió establecer nuevamente la adopción del principio de precaución en el ordenamiento jurídico colombiano, señalando textualmente que:

PRINCIPIOS GENERALES. Los principios generales que orientan la gestión del riesgo son: (...) 8. Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución *en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo* (énfasis fuera del texto). (L.1523, art. 3, 2012)

Se hace necesario entonces entender en este punto, que es lo que busca el estado con la denominada Gestión del Riesgo, lo cual conceptualiza así:

DEFINICIONES – (...) 11. Gestión del riesgo: Es el proceso social de planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas y acciones permanentes para el conocimiento del riesgo y promoción de una mayor conciencia del mismo, impedir o evitar que se genere, reducirlo o controlarlo cuando ya existe y para prepararse y manejar las situaciones de desastre, así como para la posterior recuperación, entiéndase: rehabilitación y reconstrucción. Estas acciones tienen el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar y calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible. (L.1523, art. 4, 2012)

Bajo estas inmediatas premisas, se podría concluir que no se requiere comprobación científica de la amenaza de un daño, si no que bastaría con siquiera la duda o percepción de probabilidad de la ocurrencia de un hecho dañoso para que el Estado en cabeza de las autoridades delegadas

respectivas intervenga y proceda a suspender, aplazar, limitar o impedir la ejecución de determinado proyecto o actividad que represente peligro para la integridad del medio ambiente.

Es así como el principio de precaución realmente puede determinarse, como aquel que busca anticiparse a la materialización de un daño frente a riesgos actuales, cosa diferente de aquello que instruyen las medidas preventivas dadas en la Ley 1333/2009 establecen el procedimiento sancionatorio ambiental frente a la detección de hechos dañosos consumados como se ha examinado y lo previamente adoptado jurisprudencialmente.

Apoyando este planteamiento, la doctrinante Lora (2001) se ha permitido diferenciar entre la finalidad del principio de precaución y la finalidad del principio de prevención, plasmándolo en artículo de su autoría denominado *El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana* teniéndose que para el primero, se esbozan circunstancias en las que es meramente probable la ocurrencia de una afectación al medio ambiente, sin tener asidero científico y sin que se materialice un nexo causal, mientras que frente al segundo, se trata de circunstancias conocidas por la ciencia que se sabe de antemano que producen como resultado perjuicios al medio ambiente, convirtiéndose éstas en amenazas potenciales previamente identificadas.

Frente a este planteamiento continúa afirmando la doctrina que se ha establecido doctrinalmente y de forma diferencial que el Principio de Precaución es mucho más exigente, que el principio de prevención, toda vez que a través del primero se erige la protección de peligros desconocidos e inciertos; mientras que, para el segundo, se procura la protección de peligros conocidos y ciertos.

Realiza además otra clara diferenciación entre estos dos principios:

Mientras que la prevención se fundamenta en la debida diligencia, en el deber de vigilancia y adopción de previsiones en relación con los bienes y personas bajo su

control, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros” la precaución se basa en el buen gobierno, gestión que se adelanta criteriosamente a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla (aun equivocándose), privilegiando las seguridades (en el caso ambiental, la preservación del medio ambiente) (...) (Lora, 2011, p. 24-25).

De acuerdo con ello, es posible que se establezca un grado de responsabilidad frente a la misión de previsión del riesgo por parte de los agentes de control, y a nivel personal a cargo de los funcionarios que se encuentren a cargo de tales funciones, asunto que es menester del Derecho Disciplinario que no será examinado en este capítulo.

Una vez claro el concepto y espíritu del principio de precaución, se requiere fijar la mirada en las medidas de carácter preventivo adoptadas por el derecho colombiano y el papel desempeñado por las autoridades administrativas y sus limitaciones sobre la aplicación de las medidas preventivas expresamente consagradas.

Capítulo 3.

Potestades Administrativas Reglamentarias y Sancionatorias y su Relación con Referencia a la Adopción de Medidas Preventivas y el Principio de Precaución en Torno al Derecho Ambiental Colombiano

Para entender esta temática, se hace necesario definir que son las potestades administrativas. De acuerdo con documento web denominado *Las potestades administrativas*, publicado por la Universidad de Granada en España (s.f), se tiene que la potestad administrativa se define como:

(...) poderes que la Ley confiere directamente a las Administraciones Públicas y que las facultan para realizar fines de interés general o público. Estos poderes que les [c]on otorgados las sitúan en una posición de supremacía y de prerrogativa, que además, las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas y de que son titulares activos los administrados; imponiéndoles obligaciones y situaciones jurídicas, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento aunque sujeto al ordenamiento jurídico y ejecutivo (p.1)

En lo que se refiere a la jurisdicción ordinaria, en el Código Penal Ley 599 de 2000, Título XI “*De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, modificada por la Ley 1453 de junio de 2011, se establece la tipificación a las conductas levisas que atentan contra este bien jurídico colectivo tutelado, sin embargo, procedimentalmente en Colombia se establece que para la aplicación de estas sanciones penales, debe agotarse previamente los medios de control civiles y administrativos, haciéndose parte el régimen penal de este control posterior esbozado a lo largo

de la presente investigación, quedando por fuera del ámbito de la aplicación del principio de precaución, lo establecido por esta rama del derecho.

Tenemos así, que la potestad administrativa de nuestro interés, es la potestad sancionadora normativa expresa, contenida en el Derecho Ambiental Colombiano y el trámite en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, objeto de nuestro estudio.

Se tiene entonces que el procedimiento sancionatorio ambiental, es constituido a través de la Ley 1333/2009 y el cual establece en su artículo 1°, la titularidad de la potestad sancionatoria en materia ambiental sobre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros, los establecimientos públicos ambientales y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Del párrafo del artículo 1° de la Ley *ibidem*, se desprende la presunción de culpa del infractor expresada de la siguiente forma:

PARÁGRAFO. En materia ambiental, **se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas.** (énfasis fuera de texto)

El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.

El párrafo de la anterior disposición fue declarado exequible en sentencia C-595 de 2010 y se evidencia en él, a diferencia de la generalidad normativa, la presunción de culpa del infractor más no la de inocencia, lo que revestiría de mayor fuerza el ejercicio de aplicación de este régimen sancionatorio a diferencia de otros y es el propio actor el que debe entrar a desvirtuarla.

Por su parte el artículo 3° ibidem, reitera la obligatoriedad de la aplicación de los principios fundamentales prescritos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, el cual fue declarado exequible mediante Sentencia C-742/2010, como se referenció en el capítulo primero.

La sanción y las medidas preventivas, tienen una función de tipo preventivo, correctivo y compensatorio de acuerdo con el art. 4° de la referida disposición. Agrega además que “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 (...)” (L 1333, 2009), siendo expreso el término continuación, pudiéndose entender que hace referencia a situaciones ya evidentemente manifestadas.

La definición de infracciones en materia ambiental, también es contenida en esta Ley, consagrada en su art. 5° y de igual forma que el procedimiento penal, contempla causales de atenuación y agravación de responsabilidad, en los artículos siguientes, dentro de las que se consideran como atenuantes la confesión de la infracción, el resarcimiento o mitigación del daño antes de la aplicación del procedimiento sancionatorio y que, con la infracción cometida, no se determine la comisión de un daño. Teniendo en cuenta esto, ¿todo aquel posible infractor que ya haya cometido la referida infracción, en un escenario en el que haya obtenido previamente el beneficio o ganancia perseguido con ello y confiese antes de que la autoridad ambiental se de “cuenta” es sujeto de exoneración de procedimiento administrativo? Esto reviste de cierto grado de impunidad tales conductas dando la posibilidad de la omisión del control estatal en referidos eventos. En total evidencia queda que estas disposiciones están lejos de tener un carácter precautorio.

Dentro de las causales de cesación del procedimiento administrativo, se encuentra que “la conducta investigada no sea imputable al presunto infractor” (L. 1333 art. 9, 2009), lo que quiere

decir que hablamos de responsabilidad, por ende, de la existencia además de un hecho generador de un nexo causal, puediendo concluir que nuevamente nos encontramos frente al escenario ya consumado de un comportamiento lesivo determinado o determinable, fuera del principio de precaución.

Posteriormente encontramos que, dentro del procedimiento para la imposición de las medidas preventivas, se encuentra la obligación de la comprobación del hecho por parte de la autoridad ambiental para la valoración de la imposición de las medidas que se promulgaran mediante acto administrativo motivado y lo cual se encuentra en concordancia de la disposición de indagación preliminar contenida en el artículo 17 y la verificación de los hechos requerida en el artículo 22 de la misma disposición. Teniendo en cuenta el fundamento del principio de precaución que pretende la previsión de un riesgo sin la comprobación científica del mismo, éste queda por fuera del ámbito de aplicación en la imposición del procedimiento administrativo sancionatorio.

Las medidas preventivas son cuatro, y están regladas específicamente en los artículos 36 a 39 de la Ley en estudio y estas son:

1. Amonestación escrita.
2. Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
3. Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres.
4. Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión,

autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos” (L. 1333, art. 36-39, 2009).

Teniendo en cuenta que ha podido ya establecerse que para la imposición de estas medidas se requiere el agotamiento de las disposiciones del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental que incluyen la comprobación del hecho dañoso y que ya hemos podido determinar que esto deja por fuera la aplicación pura del principio de precaución consideramos no necesario ahondar en la definición y aplicación de cada una de las medidas preventivas enunciadas.

Concluimos el análisis de las potestades administrativas dispuestas en la Ley 1333 de 2009, señalando que las sanciones a imponer se encuentran consagradas en el art. 40 y que son diferentes que las medidas compensatorias consideradas por el legislador en el art. 31 como mecanismo de resarcimiento del daño o impacto causado con la infracción ambiental.

Por otra parte, respecto a un actuar defectuoso o incompleto en la ejecución del procedimiento administrativo de imposición de las medidas preventivas, es pertinente hablar de la responsabilidad del estado, frente a lo cual la Sección 3ª del Consejo de Estado expone que se trata de “un régimen de responsabilidad que tiene su fundamento en una norma preconstitucional como es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, cuyo sustento se encuentra en los artículos 8, 58, 79, 80, 81, 90 y 334 de la Carta Política” (citado por *Ámbito Jurídico*, 2017, párr. 1).

Con esta Ley, se da la expedición del “Código de Recursos Naturales y protección a medio ambiente” y establece lo siguiente:

Art. 16. El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los

particulares lo serán por las mismas razones o por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado (L. 23, 1973).

Sin embargo, la responsabilidad civil estatal y particular se configura con la presentación de los tres elementos necesarios para su configuración como ya se mencionó: Daño, hecho generador y nexo causal. Sin la ocurrencia del primero, no es posible determinar responsabilidad, por lo que este aspecto frente a la potestad administrativa, también se encuentra por fuera del ámbito de cobertura del principio de precaución, haciendo parte también del control posterior, cuya invocación deberá ser asumida por los ciudadanos, las comunidades y todo aquel que considere verse afectado por un actuar lesivo del estado frente a su posición de garante de el derecho fundamental a tutelar.

Otro factor a nivel de potestad administrativa a contemplar es el régimen contractual, ya que se vislumbra en la actualidad que algunas de las entidades estatales en la etapa precontractual ya establecen en la valoración de riesgos, aquellos de tipo ambiental y en los contratos estatales se añaden cláusulas de responsabilidad ambiental, cuya aplicación o determinación como violatoria por parte de la autoridad administrativa regulada por la Ley 1437 de 2011 con su procedimiento contractual sancionatorio, aún es nubosa toda vez que es muy delgada la línea entre las facultades de seguimiento contractual que ésta puede ejercer a través del alcance que pueda tener un informe de supervisión o interventoría y el límite de la declaración de violación a disposiciones ambientales, facultad que reposa de manera exclusiva en las autoridades respectivas, ya que se están tocando frentes como el debido proceso y la garantía de derechos individuales, por lo cual esta medida estatal para ejercer su potestad administrativa de vigilancia, la podemos considerar como aún en formación y sin efectividad medible, además de que este comportamiento tampoco obedecería en aplicación del principio de precaución, sino más bien

como etapa inicial para una posible intervención de los competentes en aplicación de medidas preventivas.

Frente al reto de los abogados en las entidades estatales y en las corporaciones privadas para la aplicación de la normatividad ambiental, lo que como investigadoras del tema consideramos por ende también puede verse repercutido en las autoridades administrativas y judiciales en la toma de sus decisiones sancionatorias, es interpretado doctrinalmente por el Doctor Luis Fernando Macías Gómez, en artículo escrito para la publicación “Ámbito Jurídico” refiriéndose en general a la aplicación del Derecho Ambiental en los nuevos tiempos, en los siguientes términos:

El jurista queda atrapado en una jaula y laberinto del lenguaje técnico, lleno de cuadros, fórmulas y redacciones confusas de explicaciones que se incorporan en los anexos y tablas que hacen parte de la legislación. Ante esta situación el intérprete jurídico se siente abrumado y hace caso omiso de lo que se diga en las disposiciones, olvidando que cuando existe una norma jurídica son los principios y las reglas del Derecho los que deben prevalecer.

Ante esto, el Derecho queda confrontado a la ciencia como determinante de sus decisiones y aplicaciones, lo que, a su vez, puede generar riesgos para la seguridad jurídica y, sobre todo, para la protección de los derechos y el desarrollo de la razón de ser de un Estado social de derecho (Macías, 2019, párr. 16-17)

Continuando con el análisis en sede administrativa de la autoridad ambiental respecto de los actos administrativos proferidos en virtud de la facultad sancionatoria, estos deben ser debidamente motivados y cuentan con la cualidad de todo acto de la administración de ser susceptibles de ser sometido a mecanismos de control posterior. Entre tanto, su promulgación

notificación y ejecutoria, dejan de lado la inmediatez con la que debe aplicarse el principio de precaución, entre tanto se surte el trámite administrativo correspondiente para su legalización.

Abordando otro frente, para el control de la información en materia ambiental sancionatoria, con la expedición de esta norma se creó el Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA), cuyo objetivo según la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, [ANLA], la es la publicación de los datos de las personas naturales y jurídicas que hayan sido sancionadas por una autoridad ambiental cuando hayan cometido infracciones e incumplimiento de normas ambientales.

El contenido de este sistema es responsabilidad de las autoridades ambientales que reporten información sobre sanciones que impongan y por aquellas que sean susceptibles de ser reportadas en dicho sistema de información.

El fin de este sistema, en términos del Ministerio de Ambiente (MinAmbiente), Vivienda y Desarrollo sostenible es “exponer ante la sociedad colombiana a aquellos cuyo comportamiento ha derivado una sanción ambiental” sin embargo, no se predica de este registro limitaciones de operación a nivel contractual, es decir para licitar con el estado por que no lo contemplo la ley y en cuanto al tiempo de exposición de esta información, se encuentra establecido en mínimo un año, máximo dos dependiendo del tipo de sanción. El servicio activo para consulta ciudadana se encuentra disponible en la página de la ANLA.

Por su parte, ANLA es una Unidad Administrativa Especial, fundada a través del Decreto 3573/11, del orden nacional y es quien se encuentra encargada de que las actividades sujetas a licenciamiento, permiso o trámite ambiental llenen los requisitos de la normativa, de forma que contribuyan al desarrollo sostenible. Adicionalmente es la encargada de hacerle seguimiento a todas las licencias otorgadas.

Respecto a la potestad administrativa del procedimiento para otorgar licencias ambientales, nos encontramos con que el interesado en obtenerla, realizará solicitud por escrito dirigida a la autoridad ambiental competente solicitando que ésta determine si el proyecto a ejecutar requiere de la elaboración del denominado “diagnóstico ambiental de alternativas” y además será este interesado, quien presente el estudio del impacto ambiental de su proyecto que son elaborados teniendo en cuenta los términos de referencia dados por el MinAmbiente. Una vez presentados todos los documentos, estos son sometidos a dictamen técnico por parte de la autoridad ambiental competente.

Uno de los requerimientos establecidos por la ANLA para la presentación de un estudio de impacto ambiental, contenido en el literal a, del numeral 10 de la lista de requisitos publicados en su página web institucional, es que este debe contener.

- a) Las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos ambientales negativos que pueda ocasionar el proyecto, obra o actividad en el medio ambiente y/o a las comunidades durante las fases de construcción, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación del proyecto obra o actividad. (ANLA, s.f.).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, surgen varias interrogantes como ¿Queda en manos del interesado la exploración del área a intervenir y determinar los posibles daños a causar con esta intervención? ¿Es suficiente el diligenciamiento estricto de un formato para cumplir los requisitos de otorgamiento de una licencia ambiental? ¿Por qué no es la autoridad ambiental quien a través de sus expertos y de forma directa, realice visitas previas de reconocimiento y sea quien consagre la información del mencionado estudio de impacto ambiental, de manera que la omisión de información o consideración de factores de afectación u otras conductas que puedan

ser constitutivas de un mal procedimiento sean totalmente su responsabilidad como vigilantes encargados de salvaguardar este recurso? ¿Estas autorizaciones son objeto de revisión aleatorio por parte de un superior jerárquico que determine el cumplimiento del lleno de los requisitos por parte de su delegada funcional? Además de estas pueden surgir muchas mas inquietudes, pero podemos concluir que el procedimiento para el otorgamiento de una licencia ambiental tampoco contempla una aplicación pura del principio de precaución y puede llegar es a constituirse en un mero trámite administrativo. Por otra parte, la suspensión o revocatoria de estas licencias, está contemplada en la Ley 99/93, artículo. 62.

Para fortalecer este ámbito, se hace indispensable que las entidades competentes y las autoridades ambientales cuenten no solo con el personal idóneo y capacitado para estos fines sino también con los recursos económicos necesarios para un desarrollo juicioso de sus actividades.

Por último, dentro de las potestades administrativas del estado a nivel de régimen disciplinario, se promulgó recientemente la Ley 1952/2019 como nuevo Código General Disciplinario, (que aunque se postergo su entrada en vigencia, inicialmente de cuatro meses, ahora hasta el año 2022) deroga la Ley 734/2002 y algunas de las disposiciones consagradas en la Ley 1474 de 2011 relacionadas con este tema y se advierte que el servidor público, podría a su vez ser sujeto disciplinable como actor pasivo bajo las siguientes premisas:

- Se constituye como falta disciplinaria la afectación al deber funcional del estado. Los deberes funcionales del estado jurisprudencialmente se han señalado como la relación entre el estado y los ciudadanos en la primacía del interés general, donde cabe la garantía de derechos constitucionales y sobre todo fundamentales, como lo es el disfrute de un medio ambiente sano.

- Las autoridades ambientales, se valen de servidores públicos para el desempeño de sus actividades y por su naturaleza, dentro de sus manuales de funciones deben contemplar aquellos deberes del cargo orientados a una correcta gestión de otorgamiento de licencias y aplicación de procedimientos sancionatorios, por ende, la falta a alguno de estos deberes constituiría también falta disciplinaria por acción u omisión.
- El art. 59 de esta disposición establece las faltas relacionadas con la salud pública, los recursos naturales y el medio ambiente, estableciendo textualmente la obligación de dar cumplimiento a las funciones relacionadas con la gestión del riesgo de desastres, que como vimos en el desarrollo de la presente investigación, establece la aplicación del principio de precaución en la prevención del riesgo.

Se puede decir que el Derecho Disciplinario también contempla de manera indirecta relación con la aplicación del principio de precaución y las medidas preventivas en materia ambiental, sin que aun sin embargo, se establezcan disposiciones que unifiquen y consagren las consecuencias tanto para las personas naturales y jurídicas, como para el estado, como para los servidores públicos de forma individual, de forma que quede procedimentado expresamente disposiciones que lleven como resultado a garantizar de forma específica la protección del medio ambiente y que se conviertan en los instrumentos coercitivos de exigencia a todos los niveles del deber de cuidado frente a este derecho colectivo, que traiga consigo consecuencias evidentemente serias y contemplen de forma expresa la aplicación del principio de precaución en su esencia mas pura, que permita de esta manera contribuir a una real mitigación del daño medioambiental desde lo micro a lo macro.

Conclusiones

La distinción realizada entre el principio de precaución y el principio de prevención en materia ambiental y que es fuente fundamental para la revisión aplicada durante la presente investigación, está determinada a nivel jurisprudencial en Colombia a través de la sentencia C-595 de 2010 y ha sido reforzada al nivel doctrinal, identificando que en ésta se establece en que en el primer principio, el de precaución, el riesgo del daño ambiental no puede ser conocido de manera anticipada por qué no se ha materializado, por ende la percepción de un posible daño bajo este principio no tiene aún comprobación científica conocida, mientras que el segundo principio, el de prevención, se basa en que el riesgo es conocido anticipadamente por experiencias previas materializadas y se conocen de antemano medidas para mitigar sus efectos. Tal diferencia se resume en su ámbito de aplicación, antes o después de materializado el daño.

El principio de prevención, se aplica en Colombia a través de la imposición de las sanciones administrativas ambientales estipuladas en la ley, que consagran una función de prevención, corrección y compensación del daño, con una finalidad de garantizar el referido principio y el objeto constitucional de protección que es el ambiente sano; de igual forma en la aplicación de medidas preventivas (diferentes y previas a las sanciones), donde su función va en la misma vía de prevenir, impedir o evitar la continua afectación y el daño al medio ambiente.

Es así como se logró identificar, que el principio de precaución es de concepción primariamente internacional y es medianamente adoptado por la legislación colombiana en un enunciado somero del cumplimiento de la Declaración de Rio de Janeiro que lo contiene, establecido de esta forma, en el art. 1º de la Ley 99/1993, reforzado por el art. 3º de la Ley

1523/2012 de gestión del riesgo, esta última un poco aislada de ser una disposición netamente medioambiental.

A lo largo de la investigación desarrollada y luego de estudiada la normatividad aplicable, la jurisprudencia relacionada y la doctrina referente a estos dos principios que buscamos enfrentar, se evidencia que:

- Dentro de los deberes del estado en aplicación del principio de precaución, se encuentra esbozado jurisprudencialmente, el deber de fomentar la educación ambiental, sin embargo, en el país no se establece como generalidad de los pensum académicos escolares ni universitarios, la enseñanza de esta doctrina, lo cual se constituye en una clara limitante al entendimiento de la información relacionada, por ende a la falta de interés de la comunidad en el tema y la ausencia del ejercicio de control por parte de los administrados a las autoridades en la materia.
- El procedimiento sancionatorio ambiental y la aplicación de las medidas preventivas dispuestas en la ley, debe darse a través de actos administrativos debidamente motivados, que se encuentran sujetos a mecanismos de control posterior y cuando estos son expedidos sin la certeza científica absoluta del daño, en uso del principio de precaución, se revisten de carácter excepcional, haciendo su fuerza ejecutoria débil, mitigando la facultad potestativa del estado y la aplicación en sentido amplio del principio de precaución, reduciéndose más bien a un trámite administrativo.
- Así tenemos que, para aplicar una medida preventiva, debe existir un daño tangible que permita medir de manera objetiva la proporcionalidad de la medida y la sanción a imponer, apoyado de un método de comprobación científica, con el fin de garantizar al presunto infractor su derecho a debido proceso, lo cual requiere de un trámite administrativo riguroso y de un ejercicio de ponderación débil entre la prevalencia del interés general y los derechos individuales

previamente adquiridos por éste, ambos casos en los cuales pueden verse lesionados derechos fundamentales por conexidad, según la situación en particular, pero cuya argumentación puede presentar un sinnúmero de variables que mitiguen el poder estatal de preservación del derecho colectivo del ambiente sano.

- El régimen sancionatorio ambiental colombiano consagra figuras bajo las cuales el procedimiento de su aplicación puede ser suspendido o terminado de manera anticipada y la responsabilidad del actor/presunto infractor, es medida bajo causales de atenuación consideradas también por la ley, por lo cual no lo reviste propiamente de un ser un procedimiento de trámite abreviado, sobre el cual pueda determinarse de manera precisa su efectividad, ya que una vez iniciado, no necesariamente llegará al resultado sancionatorio pero si materialmente se causó un daño que quedaría sin ser reparado.

- En cuanto a la aplicación de las medidas compensatorias para lograr tal reparación, no es clara la manera en la cual pueda realmente conformarse un resarcimiento integral del daño ambiental causado y aun se evidencia falta de desarrollo normativo y reglamentario frente a la responsabilidad del estado y la responsabilidad civil del particular específicamente en temas medioambientales.

- La existencia de un sistema de registro de infractores, SINA, no tiene implicación alguna de orden legal que realmente pueda constituirse como el ejercicio de constreñimiento al respeto de las normas a ejercer por parte del estado, ni como medidas que prevengan de forma efectiva la reiteración de actividades causantes de daños medioambientales, ya que no esboza consecuencias penales ni tampoco frente a un régimen de inhabilidades, convirtiéndose más en consideración propia, a una base de datos sin mayor efecto.

- Aunque exista la presunción de dolo o culpa del infractor, según la descripción específica del procedimiento sancionatorio ambiental, la carga de demostrar las razones de la imputación, es atribuida a la autoridad ambiental que pretende imponer la medida preventiva, dejando así condicionada su facultad autónoma precautoria, reduciéndola aún más a una aplicación excepcional.
- Por otra parte, el procedimiento estipulado para la expedición de las licencias ambientales tampoco se reviste de vigor como una medida que obedezca al principio de precaución, ya que, por el contrario, la carga de la elaboración y presentación de un estudio de impacto ambiental queda en manos del propio interesado en adquirir el permiso, sin que sea ésta una actividad ejercida oficiosamente y de manera directa, con la garantía del uso de la imparcialidad y recursos de personal especializado, neutral y el uso de tecnologías, por las autoridades ambientales como debería ser, que quedan reducidas a la revisión de documentos que se ciñan a estructuras de información determinadas, sin el uso de herramientas de autogestión, trabajo de campo, etc.
- Para la determinación de la responsabilidad bien sea estatal o del particular infractor, es premisa la plena identificación de un nexo causal, lo que indiscutiblemente nos lleva a una teoría de daño consumado, alejado totalmente del espíritu del principio de precaución.
- Concretamente, la aplicación del principio de precaución en Colombia, parece limitarse a las etapas del estudio de impacto medioambiental y el proceso de otorgamiento de las licencias ambientales que como ya se mencionó, no se consideran eficaces, teniendo en cuenta la realidad actual frente a la ejecución de actividades y proyectos por parte de interinos y extranjeros que es de conocimiento público, están causando grandes lesiones a los recursos naturales del país, sin que se evidencie el ejercicio contundente del estado en la preservación del medio ambiente.

Teniendo en cuenta lo anterior y respondiendo a la pregunta problema planteada para desarrollar la presente investigación, se hace pertinente concluir que efectivamente se requiere un desarrollo normativo, procedimental y reglamentario más específico y riguroso en materia ambiental, que consagre disposiciones expresas respecto de la facultad estatal de la aplicación del principio de precaución y que permita de manera tangible una real anticipación a la consumación de los daños medioambientales, ya que aunque se cuente con un régimen sancionatorio ambiental, nunca antes contemplado y que se ha establecido como un supuesto avance en el proceso de globalización, su alcance pareciese ser efectivo únicamente frente a acciones que constituyen daños ya materializados, pero no, obedeciendo a la precaución en lo que su sentido amplio implica, pudiendo establecerse así, que no es eficaz aún para la aplicación del principio internacional de precaución para el país.

Referencias

- Ámbito Jurídico. (2017). Lo que debe saber un abogado sobre la responsabilidad del Estado por daños ambientales. *Revista Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/lo-que-debe-saber-un-abogado-sobre-la>
- Arcila S., B. (2011). Las medidas cautelares en el proceso ambiental. *Revista Opinión Jurídica*. 12(23), Universidad Católica de Oriente. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/564>
- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) (s.f.). Estudio del impacto ambiental. Recuperado de <http://portal.anla.gov.co/estudio-impacto-ambiental>
- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) (s.f.). Registro único de infractores ambientales – RUIA. Recuperado de http://portal.anla.gov.co/documentos/tramites_servicios/Diapositivas%20Registro%20%20C3%20BAnico%20de%20Infractores%20Ambientales%20RUIA.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Opinión Consultiva OC-23/17. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Fonseca Vivas, A. (2016). *Auditoría forense: aplicada al campo administrativo y financiero, medio ambiente, cultural, social, política y tecnología*. Recuperado de <https://ugc.elogim.com:2738/#search/jurisdiction:CO/medio+ambiente/p2/WW/vid/651083609>
- García Máynez, E. (s.f.). La axiomática jurídica y el derecho de libertad. *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, 6, p. 297-305. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/viewFile/13532/14213>

Lora Kesie, K. I. (2011). El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana. *Revista Actualidad Jurídica*. Ed. 3 y 4. Recuperado de

<https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+colombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d-f9d63ce1ca6f?version=1.0>

Macías Gómez, L. F. (2019). Perspectivas del derecho ambiental en los nuevos tiempos. *Revista Ámbito Jurídico*. Recuperado de

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/ambiental-y-agropecuario/perspectivas-del-derecho-ambiental-en-los-nuevos-tiempos>

Macías Gómez, L. F. (2018). Decisiones judiciales y seguridad jurídica en materia ambiental.

Revista Ámbito Jurídico. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/decisiones-judiciales-y-seguridad-juridica-en-materia-ambiental>

Massolo, L. (2015). *Introducción a las herramientas de gestión ambiental*. Buenos Aires, Libro de Catedra. Universidad Nacional de la Plata. Recuperado de:

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/46750/Documento_completo_.pdf%3Fsequence%3D1

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s.f.). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo. Recuperado de

<https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (s.f.). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Recuperado de

<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Páez Páez, I. A. y Rodríguez, G. A. (2013). Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo. *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, 12(23). Universidad del Rosario. Recuperado de

<http://repository.urosario.edu.co/flexpaper/handle/10336/17784/PDF33.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Real Academia Española. (RAE) (2005). Diccionario panhispánico de dudas. Recuperado de <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=yytQmvG7mD6Ix1SgEy>

República de Colombia [Const. P.]. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Universidad de Granada. *Las potestades Administrativas*. (s.f.). Recuperado de www.ugr.es/~rhuma/sitioarchivos/fpas/...fpas/.../wsua13-7-2004_POTESTADES.doc

Jurisprudencia

Corte Constitucional [C.C.], abril 19, 2017, M.P.C. Escruería, Sentencia C -219 de 2017. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-219-17.htm>

Corte Constitucional [C.C.], mayo 18, 2016, M.P.C. Guerrero, Sentencia C-259 de 2016. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-259-16.htm>

Corte Constitucional [C.C.], marzo 5, 2014, M.P.C. Rojas, Sentencia C-123 de 2014. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-123-14.htm>

Corte Constitucional [C.C.], mayo 11, 2010, M.P.C Pinilla, Sentencia T-360 de 2010. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-360-10.htm>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 15, 2010. M.P.C. Pretelt, Sentencia C-742 de 2010. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-742-10.htm>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 6, 2012. M.P.C. Mendoza, Sentencia C-703 de 2010. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>

Corte Constitucional [C.C.], julio 27, 2010. M.P.C. Palacio, Sentencia C-595 de 2010. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 25, 2007. M.P.C. Vargas, Sentencia T-760 de 2007. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>

Corte Constitucional [C.C.], octubre 12, 2004. M.P.C. Sierra, Sentencia C-988 de 2004. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-988-04.htm>

Corte Constitucional [C.C.], abril 23, 2002. M.P.C. Beltrán, Sentencia C-293 de 2002. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-293-02.htm>

Corte Constitucional [C.C.], abril 12, 2000. M.P.C. Naranjo, Sentencia C-431 de 2000. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-431-00.htm>

Corte Constitucional [C.C.], noviembre 24, 1994. M.P.C. Morón, Sentencia C-528 de 1994. Colombia. 06/06/2019. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-528-94.htm>

Normatividad

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 13va ed

Ley 1952/2019, enero 28, 2019. Diario Oficial. [D.O.]: 50850. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html

Ley 1523/2012. abril 24, 2012. Diario Oficial. [D.O.]: 48411. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1523_2012.html

Ley 1453/2011. junio 24, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 48110. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html

Ley 1437/2011. enero 18, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47956. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Ley 1434/2011. enero 6, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47944. (Colombia). 06/06/19. Recuperado

de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1434_2011.html

Ley 1333/2009. julio 21, 2009. Diario Oficial. [D.O.]: 47417. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html

Ley 734/2002. febrero 13, 2002. Diario Oficial. [D.O.]: 44708. (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html

Ley 599/2000. julio 24, 2000. Diario Oficial. [D.O.]: 44097 (Colombia). 06/06/19. Recuperado

de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Ley 99/1993. diciembre 22, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41146 (Colombia). 06/06/19.

Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html

Ley 23/1973. diciembre 29, 1973. Diario Oficial. [D.O.]: (Colombia). 06/06/19. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9018>

Dec. 2041/2014, octubre 15, 2014. Presidencia de la República. Colombia). 06/06/19.
Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59782>