

El principio de precaución y su aplicación judicial¹

The Precautionary Principle and its Judicial Application
Le principe de précaution et son application judiciaire

Beatriz Arcila Salazar²

Resumen

El principio de precaución es un elemento estructural del derecho ambiental, que está dirigido a evitar los daños graves o irreversibles que pueda sufrir el medio ambiente, imponiendo medidas preventivas en aquellos eventos donde no hay certeza sobre la afectación que el desarrollo de una actividad pueda causar en los recursos naturales. En el presente trabajo se pretende hacer un breve análisis del contenido teórico y normativo de este principio y de las dificultades que se han presentado en su aplicación, en especial, en el ámbito de las acciones populares mediante la imposición de medidas cautelares.

Palabras Clave: Principio de Precaución, Medio Ambiente, Derechos humanos colectivos.

AbstractThe precautionary principle is a structural element of environmental law directed to the prevention of serious or irreversible environmental damages, imposing preventive measures to those events in which there is no certainty about the negative effects caused to natural resources by

-
- 1 Este artículo es resultado de la investigación titulada "Aplicación del principio de precaución mediante la imposición de medidas cautelares en las acciones populares ambientales, tramitadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia entre los años 2000 a 2006", el cual se adelanta en el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente y es financiado por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la misma institución.
 - 2 Abogada y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Docente investigadora y Líder de la línea de Estudios Ambientales del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente, Rionegro. Correo electrónico barcila@uco.edu.co

Este artículo fue recibido el día 25 de septiembre de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 10 del 2 de diciembre de 2009.

the development of an activity. This work aims to analyze the theoretical and normative content of this principle and the existing difficulties in its application, especially in the field of popular actions (acciones populares) by the imposition of interim actions.

Key Words: Precautionary principle, Environment, collective human rights.

Résumé

Le principe de précaution est un élément structurel du droit de l'environnement, qui vise à éviter des dommages graves ou irréversibles que peut souffrir l'environnement, en imposant des mesures préventives dans les événements où il n'y a pas de certitude sur les effets négatifs produits aux ressources naturelles par le développement d'une activité. Cet article vise à analyser le contenu théorique et normatif du principe de précaution et les difficultés dans son application, en particulier, dans le domaine des actions populaires par l'imposition des mesures provisoires.

Mots Clés: Principe de précaution, Environnement, droits collectifs de l'homme.

Sumario

Introducción. 1. El Principio de Precaución, definiciones y marco normativo. 1.1. Concepto. 1.2 Consagración Normativa. 2. Justificación y conflictos del principio de precaución. 2.1 Justificación. 2.2. Dificultades en la implementación del principio de precaución. 3 Aplicación judicial del principio de Precaución. 4. Conclusión. Referencias.

Introducción

Hace aproximadamente cuatro décadas³ se hizo evidente la preocupación del ser humano por los problemas ambientales, se empezó a comprender que la indiferencia que venía observando el hombre hacia el medio que lo rodeaba era un arma que estaba desarrollando para su propia destrucción, pues había disfrutado ilimitadamente de todos los recursos naturales sin tener presente que el medio ambiente es un elemento finito y que el uso irracional del mismo conlleva a una estado de degradación que pone en riesgo la existencia de todos en el planeta.

Este alto en el camino llevó a que surgieran diversos movimientos ambientalistas que se concentraron de manera representativa por primera vez en 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Medio Ambiente, tradicionalmente conocida como la Conferencia de Estocolmo.

Esta Conferencia se preocupó por establecer las directrices sobre las cuales los ordenamientos de cada país miembro debían orientar su normatividad en materia ambiental. Directrices que justificaban una normatividad especial para regular una relación particular, que no quedaba comprendida bajo los supuestos de hecho consagrados para regular las relaciones hasta ese momento imperantes, toda vez

3 En 1968 se reunió por primera vez el Club de Roma que estaba conformado por un grupo de 35 personas que revestían las calidades de académicos, investigadores, políticos y científicos que tenían en común la preocupación por la degradación del medio ambiente como consecuencia de las acciones humanas. Este grupo, con integrantes de 30 países diferentes se propusieron investigar, vincular y comprometer a personalidades y grupos influyentes de las potencias mundiales con la problemática ambiental. En 1970 se legaliza el grupo bajo la legislación Suiza, denominándose el Club de Roma.

que las problemáticas ya no se limitaban a los conflictos surgidos de relaciones interpersonales, sino que se incorpora una nueva relación: la de los seres humanos con la naturaleza.

Es así como en la conferencia de Estocolmo, en el principio primero, se afirma que el hombre “tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

En esta nueva relación aparece la naturaleza o el medio ambiente en escena como un objeto de protección jurídica, que se ubica no en la tradicional categoría de derechos subjetivos o individuales, sino que fortalece la teoría de los derechos colectivos, también conocidos como derecho difusos. Esta clase de derechos son una manifestación de lo colectivo, en ellos hay una independencia del derecho frente al sujeto, su transgresión no afecta a unos o varios individuos sino a múltiples sujetos sin que pueda excluirse a ninguno de ellos.

No es posible comprender el radio de protección del medio ambiente sino se tiene claro que éste es una manifestación de lo colectivo ya que se está frente a un bien que pertenece a todos, incluso a las generaciones futuras; se busca salvaguardar un interés supraindividual y cualquier persona se encuentra legitimada para incoar su protección; estos elementos son suficientes para reconocer su naturaleza de derecho colectivo. Por esta razón, se expone que el titular del derecho a un ambiente sano no es un sujeto en particular sino toda la humanidad (Montoya & Vásquez, 2002)

Surgió de esta manera un nuevo paradigma que requirió instituciones innovadoras que pudieran responder a las problemáticas actuales, aunque su implementación implica contradicción con el modelo imperante hasta el momento.

Una de las respuestas a las problemáticas actuales es el principio de precaución, el cual pretende evitar los efectos de la sociedad de riesgo sobre el ambiente, mediante una perspectiva cautelar en la que se tomen decisiones de control evitando la degradación de la naturaleza.

Es el principio de precaución el objeto de análisis de las siguientes páginas,

en las que se pretende estudiar su alcance, justificación, desarrollo normativo y jurisprudencial y las dificultades que se pueden presentar en su aplicación.

1. El Principio de Precaución, definiciones y marco normativo

1.1. Concepto

Señala la declaración de Wingspread (1998):

Creemos que la legislación ambiental existente y otras decisiones que se han adoptado, especialmente aquellas basadas en la evaluación de riesgos, no han logrado proteger en forma adecuada a la salud humana y el medio ambiente – sistema mayor del cual los seres humanos no somos más que una parte.

Creemos que existe evidencia abrumadora de que el daño para los seres humanos y el medio ambiente a nivel mundial es de tal magnitud y gravedad que hace necesario establecer nuevos principios para encausar las actividades humanas.

Al darnos cuenta de que las actividades humanas pueden involucrar riesgos, todos debemos proceder en una forma más cuidadosa que la que ha sido habitual en el pasado reciente. Las empresas, los organismos gubernamentales, las organizaciones privadas, las comunidades locales, los científicos y otras personas deben adoptar un enfoque precautorio frente a todas las iniciativas humanas.

Por lo tanto es necesario poner en práctica el principio de precaución: cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad.

En este contexto, los proponentes de una actividad, y no el público, deben ser quienes asuman la carga de la prueba.

El proceso de aplicación del principio de precaución ha de ser abierto, transparente y democrático, y debe incluir a todas las partes potencialmente afectadas. **También debe involucrar un examen de toda la gama de alternativas: incluyendo la no acción.** (negrillas fuera del texto original) (p. 1).

Esta declaración fue el fruto de una reunión de científicos, filósofos, juristas y miembros de asociaciones ecologistas de Estados Unidos y Canadá que se llevó a

cabo en 1998 en Wingspread (estado de Winsconsin) y que es considerada como el origen conceptual del principio de precaución (Cozar, 2005), como el primer esfuerzo por determinar el alcance del principio que había consagrado, tiempo atrás, la Declaración de Río de Janeiro

De la definición indicada se puede establecer que el principio de precaución tiene dos manifestaciones: en primer lugar, se observa que a pesar de la incertidumbre sobre los efectos nocivos que determinada actividad pueda tener frente al medio ambiente deben tomarse las medidas preventivas y correctivas necesarias para evitar un daño, consistan éstas en una acción o en una omisión. Es decir, no es necesario que exista certeza científica del daño para implementar las medidas a que haya lugar, éstas se justifican aun en aquellos eventos donde haya duda respecto a los perjuicios que puede causar determinada actuación. Se debe decidir a favor del ambiente - *in dubio pro ambiente*- (González, 2006, p. 205).

En segundo lugar, implica que la carga de la prueba se invierte, es decir, quien pretende defender el medio ambiente no tiene que demostrar que la acción afecta los recursos naturales, por el contrario, es quien ejecuta la acción “posiblemente” lesiva, quien debe demostrar que el medio ambiente no se está viendo alterado negativamente o que se han tomado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño.

Hay entonces dos elementos esenciales a tener en cuenta cuando se estudia el principio de precaución: la no necesidad de certeza científica y la inversión de la carga de la prueba.

1.2. Consagración normativa

Este principio se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales más relevantes en materia ambiental. Así, la Conferencia de Estocolmo de 1972 dio las primeras luces en la proclama 6, que señaló:

Debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que depende nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros y para nuestra posteridad unas condiciones de vida mejores en un

medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre.

La Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro en 1992, en el principio 15 establece de una manera más clara y concreta el principio precautorio en los siguientes términos:

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

En este mismo año, la Convención de la Naciones Unidas sobre Cambio Climático también se preocupó por consagrar el principio de precaución en el artículo 3, Principio 3:

Las partes deberán tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas de cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible.

En el ordenamiento colombiano fue la Ley 99 de 1993 la que recogió las tendencias mundiales y le dio carácter vinculante al principio de precaución desde el primer artículo:

Numeral 6: La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista el 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.

Si se observan las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales frente a la definición nacional, se concluye que la Ley 99 hace más restrictiva la aplicación del principio de precaución, pues exige que el daño futuro sea grave

e irreversible mientras que las demás normas exigen que sea grave o irreversible. Esto hace más excepcional la aplicación del principio de precaución porque se entiende que el daño grave es aquel que no puede ser superado por el contraventor en atención a sus posibilidades técnicas, económicas o culturales, es decir, la gravedad hace referencia a un criterio subjetivo. Se entiende en cambio, que el daño es irreversible, cuando no se pueden revertir sus efectos, ni por el contraventor ni por otra persona dentro de un criterio razonable, se trata pues de un criterio objetivo (González, 2006)

De acuerdo a lo expuesto hasta el momento, se puede señalar que el principio de precaución se encuentra establecido para que en situaciones de incertidumbre científica, donde se amenaza el medio ambiente con un daño grave o irreversible, se tomen las medidas preventivas apropiadas para evitar ese daño.

2. Justificación y conflictos del principio de precaución

Una vez analizado el alcance del principio de precaución y su consagración normativa, se hace necesario estudiar la justificación del mismo y las problemáticas que pueden surgir al momento de su aplicación.

2.1. Justificación

El principio de precaución se justifica por tres razones, la primera es porque en materia ambiental los efectos casi nunca son inmediatos, es necesario que transcurra un determinado tiempo para saber cuál fue la afectación real y cierta que se ocasionó. Difícilmente se pueden detectar de inmediato los daños generados por determinada actividad.

Esto significa que la naturaleza preventiva de toda la normatividad ambiental no tiene un fundamento ideológico proteccionista sino científico, es claro que en materia de deterioro ambiental lo normal no es que los daños se perciban inmediatamente o a corto plazo, como cuando una persona es atropellada por un carro, o hubo incumplimiento contractual en la construcción de un edificio o en el suministro de materias primas. Los vertimientos, las emisiones, los olores, el ruido, son factores que pueden afectar el medio ambiente, pero sus efectos sólo se

conocen con el paso del tiempo y cuando revertirlos es casi siempre imposible.

La segunda razón, es porque si se espera a que el daño ocurra es probable que no pueda operar la restitución del daño ocasionado, y la indemnización no puede considerarse como un verdadero elemento de reparación.

Este punto es expuesto por Riechmann (2002) cuando señala:

El impacto sobre la biosfera de los sistemas industriales que han creado las sociedades modernas ha alcanzado un nivel en el que podemos hablar de *daños catastróficos e irreversibles para los seres vivos y los ecosistemas*. En tales casos, la noción “reparación de los daños” o compensación por los mismos deja de tener sentido (p. 13).

Cuando se está frente a un bien escaso lo que se busca simplemente es que no se siga agotando y que se garantice su sustentabilidad. Si determinada actividad pone en riesgo la existencia o equilibrio de determinado ecosistema, de nada o poco sirve que se indemnice plenamente al daño aunque éste se cuantifique y efectivamente se cancele.

La tercera razón, es que cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar al analizar las consecuencias, debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre. Pues bien, en materia ambiental ese rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para el medio ambiente que no se puede asumir y que el principio de precaución busca eliminar al imponerle al generador del riesgo la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir el daño y de probar que la actividad no es riesgosa para el bien tutelado.

Se trata entonces de poner en armonía el principio de precaución con la naturaleza preventiva del derecho ambiental, ya que si el derecho ambiental espera que se produzca el daño para actuar, las consecuencias serían nefastas, pues cuando se trata de proteger los recursos ambientales lo correcto es que las acciones ambientales se anticipen a prevenir cualquier tipo de degradación del medio ambiente, se actúa *a priori*, no *a posteriori*, lo principal es evitar y prevenir, no reparar e indemnizar, independientemente de la certidumbre que del daño se tenga.

Sobre este aspecto señala Jaquenod (1991):

Es necesario abandonar definitivamente la postura de reaccionar ante los problemas ambientales después de que hayan surgido, y optar por una actitud preventiva basada en la adopción de normas preventivas más que represivas.

Reforzar el aspecto preventivo constituye condición necesaria de toda política ambiental, es decir, prevenir la contaminación y perturbación en el origen más que tratar de contrarrestar, posteriormente, sus efectos negativos.

La política ambiental deberá tender a arbitrar los medios necesarios a fin de prevenir, reducir y, cuando sea posible, eliminar aquellos efectos perturbadores. Deberían llevarse a cabo acciones preventivas, rectificando prioritariamente el daño en la fuente (origen) sobre la base de conocimientos técnicos y científicos disponibles (p. 376).

Además de las tres razones expuestas, vale la pena tener presente que no se está frente a un derecho individual sino frente a la protección de un derecho colectivo cuya afectación pone en riesgo el interés general y limita las posibilidades de la conservación de la especie humana.

Justificada la inserción del principio de precaución dentro los pilares del derecho ambiental, es importante profundizar en el estudio sobre las dificultades que se pueden presentar al momento de implementar este principio, algunas de las cuales son utilizadas como argumento de los detractores del mismo.

2.2 Dificultades en la implementación del principio de precaución

El principal problema que presenta el principio de precaución consiste en que la protección de los recursos naturales constantemente se encuentra en contradicción con el desarrollo, la tecnología, la ciencia y la economía; esto hace que el derecho ambiental se convierta en un límite adicional a la libertad de empresa y a la autonomía, lo que dificulta su aplicación, pues enfrenta intereses opuestos que han estado en conflicto desde que surgió la preocupación por el medio ambiente.

Este conflicto ha llevado a que la protección del medio ambiente tenga una naturaleza pendular: en ocasiones se sacrifica el medio ambiente en pro del desarrollo, y en otras ocasiones, se sacrifica el desarrollo en pro del medio ambiente. Los criterios para favorecer a uno u otro varían dependiendo de la metodología

adoptada; así por ejemplo, se acude a la ecuación costo – beneficio en virtud de la cual se puede decir que el aporte que va hacer el desarrollo tecnológico o científico es tan significativo que justifica la degradación del medio ambiente; o también se puede utilizar la evaluación del riesgo, según la cual, se analizan las diferentes alternativas y se opta por la que genere un menor impacto a los recursos naturales.

La dificultad que se presenta es que bajo estas metodologías siempre se deja un espacio al azar, porque no es posible determinar con exactitud cuáles son los efectos que cierta actividad ocasionará al ambiente y la opción frente a esa incertidumbre, en la mayoría de los casos, se somete a un criterio subjetivo, el de la autoridad administrativa y queda sujeta la protección o el sacrificio de los recursos naturales a la decisión del funcionario de turno.

Se trata entonces de la infinita tensión entre desarrollo y medio ambiente, tensión que, se ha dicho, surge al momento de dar aplicación al principio de precaución. Erróneamente se ha considerado que el principio de precaución, en ocasiones, prevalece frente al desarrollo, pero en otras, debe hacerse al margen para permitir el avance de la ciencia, la tecnología y el progreso en general.

Se dice que es errónea esta posición porque el principio de precaución no se encuentra en conflicto con el desarrollo, por el contrario es la fórmula para resolver la tensión existente entre desarrollo y medio ambiente.

De esta manera, cuando una autoridad administrativa o judicial tenga que tomar una decisión se podrá encontrar en dos escenarios: En el primero de ellos, están identificadas las posibles afectaciones al ambiente que genera la actividad y se cuenta con los medios necesarios para mitigar esos impactos.

En el segundo escenario, no se tiene certeza sobre los daños que se puedan causar al ambiente. Antes de tomar una decisión frente a esta situación, lo que se debe hacer es evaluar si dentro del margen de incertidumbre existe la posibilidad de que se ocasione un daño *grave o irreversible* al medio ambiente y si la respuesta es afirmativa, el principio de precaución ordena que sólo se puede autorizar la actividad cuando se garantice que no se va a causar un daño de esta naturaleza.

Lo anterior significa que bajo el principio de precaución no se discute si se

favorece al ambiente o al desarrollo, siempre se decide en favor del ambiente, hasta que se tomen las medidas preventivas necesarias para evitar un daño grave o irreversible y mientras subsista la incertidumbre, no se podrá permitir la realización de la actividad por más beneficios que represente para la ciencia, la tecnología o la economía.

En otras palabras, no hay razón para que las autoridades entren a ponderar entre medio ambiente y desarrollo porque el principio de precaución ya hizo esa ponderación de manera previa y concluyó que debe darse prevalencia al medio ambiente cuando se encuentra expuesto a un daño grave o irreversible.

Vale la pena traer a colación nuevamente la consagración normativa del principio de precaución en el ordenamiento colombiano, contenida en el artículo primero de la ley 99 de 1993 en el numeral 6:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista el 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.

Esta norma ordena que frente a la incertidumbre se debe dar aplicación al principio de precaución, en ningún momento autoriza a la autoridad a ponderar si la actividad representa o no grandes beneficios, simplemente ordena que se tomen las medidas necesarias para evitar que la actividad genera un daño grave o irreversible en la naturaleza y mientras esto no se garantice no es posible permitir su ejecución.

No obstante, en la práctica, lo normal es que frente al conflicto entre desarrollo y ambiente las decisiones que se toman sean resueltas a favor de la actividad que puede generar el daño (Burgos, 2009); así, por ejemplo, si en el proceso de extracción del petróleo existen dudas acerca de los riesgos que pueda tener el ambiente y éste está expuesto a un posible daño grave e irreversible, el principio de precaución impone tomar las medidas necesarias, incluso la suspensión de la actividad. Pero esta decisión genera demasiadas consecuencias, no sólo de carácter económico, sino también social, como es la cesación laboral de quienes están vinculados directa

o indirectamente a la actividad con todas las implicaciones que esto representa; también se puede dar una disminución de recursos para la comunidad por concepto de regalías, lo que genera menor inversión social, menor desarrollo y más pobreza, Estos costos no están dispuestos a ser asumidos por las autoridades y la comunidad en general con el fin de proteger el medio ambiente.

Otro ejemplo en el que se evidencia la dificultad para implementar el principio de precaución es el de las fumigaciones con glifosato, donde a pesar de todas las advertencias de la comunidad científica sobre los efectos que esta actividad puede generar no sólo en el ambiente sino también en la salud humana, su práctica se ha intensificado desde el 2002 (Burgos, 2009).

Los detractores del principio, consideran que éste va en contra de la ciencia, la economía y el progreso; lo rechazan de entrada por considerar que ha sido una bandera tomada por los ecologistas extremos que atacan el desarrollo. Pero como se ha expuesto, el principio no está en contravía con el desarrollo, sólo pretende que a costa de la evolución científica y tecnológica no se pongan en riesgo los recursos naturales.

Otra dificultad que se presenta al momento de aplicar el principio de precaución consiste en que el mismo constituye una limitación a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, limitación que se hace efectiva por las autoridades, lo que es tomado por algunos como un ejercicio abusivo por parte del Estado en su función de vigilancia, control y administración de los recursos naturales.

No obstante, esta crítica carece de fundamento porque el principio de precaución no puede ser considerado como un régimen extremo de protección al medio ambiente, en la medida en que las acciones preventivas no se exigen en cualquier caso, sólo cuando el ambiente se encuentra expuesto a un daño grave e irreversible.

Por esta razón, la Corte Constitucional, en sentencia C- 293 de 2002. al analizar la constitucionalidad del principio de precaución delimitó las condiciones para su aplicación en materia administrativa sólo a aquellos eventos en los que concurren los siguientes elementos: (i) que exista el peligro de la ocurrencia de un daño; (ii) que éste sea irreversible; (iii) que exista un principio de certeza sobre el peligro, así no exista una prueba absoluta del mismo; (iv) que la decisión que la autoridad adopte se encamine a impedir la degradación del medio ambiente; y (v) que el

acto sea motivado y excepcional.

Estos lineamientos son suficientes para evitar cualquier abuso en la aplicación del principio de precaución, el problema sigue siendo que los sectores interesados no están dispuestos a asumir el costo de su implementación.

Además, vale la pena recordar que la Constitución Política de Colombia (1991) establece la primacía del interés general (art. 1) y el deber de los particulares de velar por la conservación de un ambiente sano (art. 95, numeral 8) e impone a la propiedad privada una función ecológica (art. 58), lo que significa que ese derecho de libertad de empresa no es absoluto y se encuentra limitado de una manera legítima para lograr una efectiva protección del medio ambiente.

3. Aplicación judicial del principio de precaución

El principio de precaución debe orientar todas las actuaciones de las autoridades y los particulares en las cuales pueda verse comprometido el medio ambiente. No obstante, su aplicación se ha limitado a las autoridades ambientales, las cuales en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, control y en especial al momento de conceder permisos como concesiones de agua, permiso de vertimientos, permiso de tala o licencias ambientales pueden exigir el cumplimiento de las medidas preventivas con el fin de evitar un daño grave e irreversible al ambiente.

La pregunta que surge es si la aplicación del principio de precaución se encuentra limitada sólo a la esfera administrativa, a la implementación de políticas públicas del gobierno, a las funciones de policía ambiental, o si se extiende a otros sectores del poder público.

Uno de los objetivos de este artículo consiste en demostrar que el principio de precaución permea todas las ramas del poder público, al ejecutivo porque es el encargado de realizar y ejecutar la política ambiental, al legislativo porque constituye una directriz que orienta todas las leyes que se expidan en materia ambiental y al judicial porque se presentan acciones donde es trascendental su implementación, tal como se expone a continuación.

La protección del medio ambiente no está reservada al poder ejecutivo, incluso se impone como un deber constitucional a todos los ciudadanos proteger el medio ambiente (art. 95, numeral 8), y para ello el ordenamiento concede varias herramientas de participación, entre ellas, una de naturaleza judicial.

El proceso por el cual se protegen los recursos naturales en el ordenamiento colombiano es principalmente la acción popular. Esto obedece a que el medio ambiente es un derecho colectivo y con el fin de garantizar una mayor protección se estableció una vía procesal especial, que cuenta con un trámite preferente después de la acción de tutela, y que se rige por los principios prevalencia del derecho sustancia, publicidad, economía celeridad y eficacia (Ley 472 de 1998, art. 5).

Esta acción se justifica porque en materia ambiental, por tratarse de un derecho colectivo, se conceden varios mecanismos de participación ciudadana⁴ con el fin de que todos los interesados puedan ejercer un control en la protección de los recursos naturales, control que no se limita a la esfera administrativa sino que trascienden al campo judicial cuando las autoridades omiten cumplir sus funciones, o en el ejercicio de las mismas lesionan el derecho a un ambiente sano y al equilibrio ecológico.

El principio de precaución se manifiesta en las acciones judiciales a través de la facultad que tiene el juez para decretar medidas cautelares.

Según López (2005), las medidas cautelares consisten:

En las providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas, o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (p.1047).

Lo que se busca con la medida cautelar es que la sentencia se pueda cumplir a

4 El principio de participación ciudadana no se ve reflejado sólo en la facultad de interponer acciones populares sino que también se manifiesta en la posibilidad que tiene todo ciudadano de intervenir en asuntos de interés ambiental ya sea mediante el derecho de petición, las audiencias públicas ambientales, las denuncias ambientales o la intervención en procesos administrativos (art. 69 a 76 ley 99 de 1993).

pesar del tiempo que transcurra antes de proferir la decisión final.

Las medidas cautelares implican la limitación de derechos del sujeto pasivo de las mismas, por esta razón siempre requieren una autorización legal que permitan su imposición. Tratándose de acciones populares esa potestad está consagrada en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998:

Artículo 25. Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

La facultad de imponer medidas cautelares en las acciones populares es bastante amplia ya que se autoriza al juez para tomar todas la medidas pertinentes para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado. Esto no significa que sea un poder que permita un ejercicio arbitrario o abusivo, porque el juez tiene la carga de motivar su decisión y de demostrar que la medida está dirigida a lograr la eficacia de la sentencia y sobre todo, a la protección del medio ambiente.

El auto en el que se decretan las medidas cautelares, es el momento propicio para dar aplicación al principio de precaución porque se trata de la actuación en la que el juez, sin anticipar el fallo, toma los correctivos necesarios para evitar que al finalizar el proceso el daño sea irreversible y el contenido de la sentencia sea completamente inoportuno o inejecutable.

Así por ejemplo, si se interpone una acción popular porque una constructora ha iniciado un proyecto que cuenta con todos los permisos pero que amenaza grave e irreversiblemente el recurso agua, el juez no puede esperar hasta el fallo para tomar la decisión, porque lo más probable es que para la época en que se dicte la sentencia el proyecto ya esté terminado y el daño ya se haya ocasionado. Si el juez espera hasta la sentencia para tomar su decisión, el papel de la providencia será meramente declarativo, se limitará a señalar quién es el responsable de las afectaciones al medio ambiente, pero no tendrá la fuerza para evitar el daño ambiental, finalidad perseguida por el principio de precaución.

La acción popular entre sus finalidades, tiene una preventiva, y obedeciendo a esta naturaleza se conceden al juez amplias facultades para decretar las medidas que considere necesarias para conservar y proteger el medio ambiente, aun cuando los daños futuros no sean ciertos.

Se habla de una amplia facultad para decretar medidas cautelares porque en los procesos diferentes a la acción popular, las medidas cautelares son siempre de aplicación restrictiva y necesitan de la autorización legal para su decreto y, sólo se pueden decretar aquellas medidas que expresamente señala la ley, pero en materia de acciones populares esta última restricción no opera pues se da vía libre al juez para que tome las precauciones que él considere necesarias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

No obstante la claridad de la norma, en la práctica, los jueces no tienen en cuenta el principio de precaución cuando están frente a una acción popular que pretende la salvaguarda del medio ambiente e incluso marginan su facultad cautelar sin aparente justificación.

Este artículo no pretende hacer un reproche a la rama judicial, lo que busca es identificar las razones por las cuales no se aplica el principio de precaución, y después

de un profundo análisis se evidenciaron las que a continuación se exponen.

Al inicio, se indicó que la implementación de medidas de control en material ambiental implica un conflicto de intereses entre medio ambiente y desarrollo, en el cual se presentan situaciones donde es difícil asumir los costos que representa el principio de precaución. Pues bien, esta dificultad se traslada completamente al momento de incorporar el principio de precaución en el proceso y en las decisiones judiciales.

De otro lado, no se puede desconocer que la aplicación del principio de precaución implica un cambio de paradigma y es difícil pedirle a un juez que rompa con una tradición milenaria, y obligue a los demandados a realizar conductas, proyectos, tomar medidas que implican altas erogaciones, sin que al interior del proceso se haya demostrado que la conducta efectivamente degrada o pone en peligro el medio ambiente, pues basta con establecer, con un principio de certeza, que la actividad puede generar un daño grave e irreversible.

Los jueces, por siglos, han actuado a partir del daño y sólo después de que éste se genera ordenan tomar las medidas de reparación a que haya lugar. Además, siempre se ha considerado que el momento que el juez tiene para pronunciarse sobre los elementos que constituyen cualquier tipo de responsabilidad es la sentencia. En consecuencia, emitir un concepto previo ordenando tomar una medida preventiva es considerado por el fallador como un prejuzgamiento.

En otras palabras, los jueces, que en materia ambiental son los administrativos del circuito y los civiles del circuito, según la competencia asignada en el artículo 20 de la Ley 472 de 1.998, no son neutros frente a los conflictos que representa el principio de precaución, pues el esquema tradicional en el cual han operado, entra en conflicto con los postulados del derecho ambiental y es por ello que consideran, en la mayoría de los casos, que aplicar el principio de precaución constituye una decisión anticipada, sin agotar todo el trámite probatorio que permita tener elementos de juicio suficientes para imponer una medida.

En los expedientes analizados al interior de la investigación, se encontraron argumentos para negar el decreto de la medida cautelar como el siguiente:

Según se desprende de la norma en cita (art. 25 ley 472 de 1998), los documentos hasta ahora aportados y conforme a las apreciaciones expuestas en los hechos narrados en la demanda, no puede la Sala ordenar la Medida Previa, ya que si se prohiriera una Medida Cautelar en las condiciones solicitadas por la parte actora, se daría por hecho que efectivamente se están vulnerando los derechos colectivos que el actor considera amenazados y se violarían flagrantemente los derechos de las entidades, pues a éstas aún no se les ha concedido la oportunidad para explicar los presupuestos de la demanda.

Para definir si se va a causar un perjuicio a una comunidad y consecuentemente adoptar un plan de emergencia como el solicitado en el acápite denominado “MEDIDAS CAUTELARES”, es necesario efectuar un estudio, que de por sí, implica amplios y delicados análisis en torno al alcance jurídico de las diversas disposiciones que se citan como transgredidas y efectuar verificaciones necesarias para así probarlo, lo cual sólo puede lograrse al momento de definir la sentencia⁵.

En sentido similar otro pronunciamiento señala:

En sentir del Despacho, no puede decretarse en este momento la medida preventiva solicitada por el accionante, por las razones que pasan a exponerse:

Los cuestionamientos que se hacen en la demanda frente a las obligaciones de la entidad demandada por la presunta violación a los derechos colectivos invocados, son materia del debate probatorio. Mal haría el Despacho en ordenar la medida solicitada, sin establecer de manera clara y precisa, que efectivamente tales derechos están siendo vulnerados y se está causando algún daño a la comunidad.

El proferir medida preventiva, en este momento, implica dar por cierto el perjuicio al que alude el accionante y la consecuente vulneración de las partes demandadas en este proceso, pues aún no se les ha dado la oportunidad de explicar los presupuestos de la demanda que se formula⁶.

5 Tribunal Administrativo de Antioquia Providencia del 01 de diciembre de 2005, Acción Popular María Cecilia Uribe Vs Corantioquia. 2008 – 00374 y en este mismo sentido se dictaron otras providencias: Juzgado Octavo Administrativo de Medellín. Auto del 4 de diciembre de 2006 Acción Popular Felipe Posada Lalinde Vs Área Metropolitana del Valle de Aburrá 2006 - 00186. Tribunal Administrativo de Antioquia auto del 26 de enero de 2006, acción Popular María Eugenia Rave vs Municipio de Envigado 2006 – 00093,

6 Juzgado 23 Administrativo del Circuito de Medellín Providencia del 27 de octubre de 2009 Acción Popular instaurada Alejandro Gómez Arbeláez vs Municipio de Guarne. 2008 – 00374.

Estas providencias lo que están señalando es que no se puede decretar la medida cautelar porque no hay certeza del daño y ésta sólo se puede tener una vez agotada la etapa probatoria.

Si está claro lo que se ha dicho hasta ahora del principio de precaución es evidente que los citados autos lo desconocen por completo, porque este principio no exige la certeza del daño, por el contrario, ordena tomar las medidas aunque exista incertidumbre sobre el mismo, sin necesidad de agotar la etapa probatoria, por ser esta la vía más efectiva para la protección de los recursos naturales.

No se quiere decir con lo anterior que bajo los casos estudiados las autoridades judiciales tenían la obligación de decretar la medida cautelar, el punto al que se quiere llegar es que los argumentos presentados son abiertamente contradictorios con el principio de precaución.

En realidad no se puede esperar que haya daño o que se encuentre probado, porque frente a este escenario el principio de precaución no tiene aplicación. Así por ejemplo lo decidió acertadamente el Tribunal Administrativo en otra de los procesos estudiados:

Los derechos e intereses colectivos que se invocan como vulnerados hacen relación a la conservación del medio ambiente, la fauna, la flora, en un sentido general a la ecología del sector, que se ha visto menoscabada con la obra.

En este aspecto cree la Sala no es proceden la medida solicitada, pues es claro que si en realidad se vulneraron tales derechos, el daño ya está causado, como quiera que la obra, tal como se verificó en la inspección se encuentra en su etapa final, por tanto el daño ecológico y a la biodiversidad, si se vio afectada, ya se consumó.

En ese orden de ideas no tiene sentido la medida provisional, como quiera que ella busca conjurar la amenaza o evitar el daño, que para el caso concreto, si existe, se repite, ya se causó⁷.

La medida cautelar busca evitar un daño grave e irreversible y esto significa actuar antes de la ocurrencia del daño. Si la afectación ya se evidenció no hay otro camino distinto a la restauración, si es esta posible, o la indemnización, en caso contrario.

7 Tribunal Administrativo de Antioquia, Providencia del 30 de noviembre de 2005 Acción Popular Marcela Raad Villa vs Municipio de Envigado. 2005 – 07260.

Ahora, no se quiere indicar que siempre que se solicite la medida cautelar se deba decretar; como se expuso antes, se necesita demostrar que el medio ambiente se encuentra expuesto a un daño grave e irreversible y que las medidas preventivas que se solicitan están dirigidas a evitar ese perjuicio.

4. Conclusión

Los funcionarios judiciales deben permanecer ajenos al conflicto entre desarrollo y medio ambiente, porque la normativa vigente impone la obligación de aplicar el principio de precaución, lo que significa que se deben poner a salvo los recursos naturales sin tener en cuenta las consecuencias sociales, económicas o científicas que esto represente.

La protección de la naturaleza requiere que los jueces comprendan los principios en que se sustenta el derecho ambiental, los cuales se basan en las condiciones críticas en que se encuentra el objeto de protección y tienen como único objetivo alcanzar la efectiva protección del medio ambiente. No se pueden resolver los conflictos ambientales bajo el esquema tradicional, se necesita una apertura mental de los operadores frente a las normas ambientales para que puedan concederle eficacia a las mismas.

Se hace necesario asumir el principio precautorio como una verdadera garantía de la conservación de la especie humana y no como un ejercicio caprichoso, arbitrario y abusivo de la potestad estatal en la vigilancia de los recursos naturales, más aún cuando se ha garantizado que la aplicación del principio no vaya en detrimento de otros intereses al someter su efectividad al cumplimiento de unos requisitos como son: que exista un principio de certeza de la ocurrencia de un daño irreversible; que la decisión se encamine a impedir la degradación del medio ambiente; y, que el acto sea motivado y excepcional.

La comprensión actual de los funcionarios del principio de precaución pone en inminente peligro los recursos naturales y conlleva a la ineficacia de las garantías y medios de protección establecidos en el ordenamiento para salvaguardarlos. Situación que se hace más grave cuando se está frente a una instancia judicial, porque

se entiende que se acude a ella en última instancia, cuando los demás medios de control han sido agotados.

Referencias

- Burgos, M. S. (2009). Algunas reflexiones sobre el principio de precaución y su fuerza vinculante. En varios autores. *Lecturas sobre derecho del Medio Ambiente*. Tomo IX, (127-162). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C- 293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Cozar, J. M. (2005). Principio de Precaución y Medio ambiente. *Revista española de Salud Pública*, 75 (2), 133-144.
- Conferencia de Estocolmo. (1972). *Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente*. Estocolmo.
- Convención de las Naciones Unidas sobre cambio climático. (1992).
- Declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo. (1992).
- Gonzalez, J. E. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano*. Parte General. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaquenod, S. (1991). *Derecho ambiental y sus principios rectores* (3ra Ed.). Madrid: Dykinson.
- Ley 472 de 1998.
- Ley 99 de 1993.
- López, H. F. (2005). *Procedimiento Civil*. Tomo I, (19ª Ed.). Bogotá: Dupré.
- Montoya, M. A. y Vásquez, A. V. (2002). Lo colectivo en la Constitución de 1991. En *cuadernos de Investigación Eafit*, (1-35). Recuperado de <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/D2712D7A-3DFF-4C05-800D-A626E94620BD/0/Cuaderno6.pdf>
- Riechmann, J. (2002). Un principio para reorientar las relaciones de la humanidad con la Biosfera. En J. Riechmann, & J. Tickner. (comp.), *El Principio de Precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica* (7-37). Barcelona: Icaria.