

*Las medidas cautelares en el proceso ambiental**

Beatriz Arcila Salazar**

Recibido: febrero 17 de 2013

Aprobado: marzo 22 de 2013

Resumen

La acción popular ha sido establecida como la herramienta procesal idónea para la salvaguarda del derecho al medioambiente, y dentro de su estructura, las medidas cautelares juegan un papel fundamental para garantizar la efectividad de este derecho colectivo toda vez que el legislador las ha dotada de características especiales que se encuentran en armonía con la finalidad preventiva de la acción popular y con el principio de precaución.

Palabras clave: medidas cautelares, acción popular, medioambiente, principio de precaución.

* Este artículo es un 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", la cual se realizó entre los años 2009 a 2011 por el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente y fue financiado por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la misma institución. La autora participó como investigadora principal.

** Abogada y magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana, docente investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Oriente, Grupo de Investigaciones jurídicas, Línea de Estudios Ambientales. barcila@uco.edu.co

Cautionary Measures in the Environmental Proceeding

Abstract

Public interest claim has been established as a suitable procedural tool for protecting the right to the environment; within their structure, cautionary measures play a fundamental role for assuring effectiveness of this collective right since the legislator has given this kind of claim special features which are consistent with the preventive purpose of the public interest claim and the precautionary principle.

Key words: cautionary measures; public interest claim; environment; precautionary principle.

Introducción

A partir de la década de los 70 surgió en el mundo la preocupación por los problemas ambientales, y desde esta época, Colombia ha sido receptora de las diversas propuestas proteccionistas que se han presentado; pero fue sin lugar a dudas la Constitución de 1991 la que concedió al derecho ambiental un papel protagónico dentro del ordenamiento nacional, al constituirlo como un pilar de nuestra organización, junto con el económico, el social y el cultural. Fue así como se incorporó en el ordenamiento nacional el medioambiente como un derecho colectivo o de tercera generación, cuya titularidad se encuentra en cabeza de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto (Rincón & Suárez, 2004, p. 11). Pero el constituyente no se limitó a consagrar el derecho al medioambiente: también se preocupó por garantizar la efectividad de este derecho colectivo mediante el establecimiento de mecanismos administrativos y judiciales idóneos para su protección.

La acción popular es la herramienta judicial establecida para procurar la defensa del medioambiente y, aunque es una institución con una historia anterior a la Constitución de 1991, fue a través de esta norma que alcanzó mayor publicidad y jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, en desarrollo del presupuesto constitucional contenido en el artículo 88, se expidió la Ley 472 de 1998, la cual se encargó de regular completamente el trámite de estas acciones y de dotarlas con todas las herramientas necesarias para garantizar un mecanismo judicial acorde con las particularidades de los derechos que se pretenden proteger.

El presente trabajo está dirigido al análisis de las medidas cautelares y las características especiales que las mismas adoptan cuando se pretende proteger el medioambiente a través de una acción popular, análisis que se justifica por cuanto las medidas cautelares son la herramien-

ta establecida por el legislador para garantizar una efectiva protección de los derechos colectivos, en especial del medioambiente, y porque a partir de la expedición en Colombia de la Ley 472 de 1998 se dotó esta institución de todos los elementos distintivos necesarios para ponerla acorde con los principios en que se sustenta el derecho ambiental y así lograr una regulación armónica y eficaz.

Se trata de un estudio documental, de carácter descriptivo-analítico, orientado a evaluar las medidas cautelares en las acciones populares ambientales, con el fin de establecer cuáles son los elementos distintivos de esta institución cuando se pretende la protección del derecho colectivo al medioambiente y si los mismos garantizan una protección efectiva.

Para alcanzar el objetivo propuesto es necesario reconocer que las medidas cautelares son una institución de la teoría general del proceso que se aplica de manera específica a las acciones populares, y que adquieren mayores elementos distintivos cuando se busca la protección del medioambiente. Por ello, se dividirá el trabajo en tres partes: en un primer momento se abordarán las características generales de las medidas cautelares; posteriormente se hará un estudio del derecho ambiental y del principio de precaución como uno de sus elementos diferenciadores, y por último, se analizarán las medidas cautelares tal como fueron adoptadas por la Ley 472 de 1998 a fin de establecer si la misma se encuentra en armonía con los principios y características del derecho protegido.

Las medidas cautelares

Definición y fundamento. Para el profesor Devis Echandía (1974, p. 142) la medida cautelar "es el derecho a iniciar un procedimiento para que se adopten las medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de

un derecho material, o para su defensa; es decir, para que se realice un proceso cautelar". Por su parte, López Blanco (2004, p. 81) considera que las medidas cautelares son "providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora y tendentes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada". Y Azula Camacho (2000, p.61) las define como "el conjunto de actuaciones que tienden a garantizar los resultados que se persiguen en otro. En términos más sencillos, evita que los resultados perseguidos en un proceso sean ilusorios o ineficaces". Se observa entonces que las medidas cautelares se definen de acuerdo con la finalidad que cumplen, que no es otra que garantizar la efectividad de las decisiones judiciales.

Se requiere la efectividad de las sentencias porque cuando los ciudadanos en ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción acuden al Estado para que este tutele sus derechos ante vulneraciones de los particulares o de autoridades públicas, la respuesta y protección por parte del Estado no pueden ser inmediatas, pues la naturaleza del proceso, como su propio nombre lo indica, implica agotar una serie de etapas antes de tomar una decisión definitiva. Es necesario entonces que transcurra un término en el cual las condiciones iniciales pueden variar poniendo en riesgo la satisfacción de la pretensión del demandante. Si el ordenamiento no dota al proceso de mecanismos para contrarrestar los efectos negativos de la demora se compromete el orden social y la confianza de los ciudadanos en el aparato estatal. Sobre este punto expone Alsina:

Si al asumir la función de administrar justicia el Estado prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos..., no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente

ocasiona la instrucción del proceso, y por tanto debe proveer las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes. Tales son las medidas precautorias (Alsina, 2001, p. 504).

Las medidas cautelares buscan entonces fortalecer el proceso como institución esencial para la armonía y la convivencia pacífica de cualquier sociedad. En el mismo sentido se expresa Quiroga Cubillos cuando señala:

Si el Estado debe garantizar la paz comunal, uno de los medios para alcanzarla es el proceso como instrumento al servicio del hombre; cuando el proceso es lento y tortuoso debe auxiliarlo con instrumentos también eficaces que aseguren esa paz, en condiciones de justicia. Y ello no se logra si quien pide le sean tutelados sus derechos observa que a medida que avanza el proceso desaparecen las circunstancias que pueden satisfacer efectivamente la pretensión incoada: tal individuo miraría con desconfianza el aparato estatal, y su forma de administrar justicia (Quiroga, 1985, 5).

Es claro que por el tiempo que transcurre entre el momento cuando se acude a la jurisdicción y cuando se concede la pretensión, se pone en peligro la satisfacción del derecho y ese peligro o amenaza que surge en virtud de la demora y tardanza del proceso es lo que se ha denominado por la doctrina como el *periculum in mora*, que constituye el fundamento o la base de las medidas cautelares y es un requisito *sine qua non* para su decreto por parte de la autoridad judicial. Ese peligro es descrito por el tratadista Ugo Rocco en los siguientes términos:

Muchas veces, por la negligencia de la parte contraria, por mala voluntad, por culpa o por dolo, pueden desaparecer las garantías ofrecidas por el patrimonio del obligado, de manera que resulta imprescindible, en la previsión de un juicio por instaurarse o del tiempo necesario

para llevarlo a cabo, recurrir a los órganos jurisdiccionales para que emitan providencias cautelares o conservativas, idóneas para sustraer a la disponibilidad del obligado todo su patrimonio o parte de él (Rocco, 2001, p. 158).

Y en el mismo sentido Alsina expresa:

Desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia media un espacio de tiempo cuyas consecuencias no debe soportar quien tenía razón para litigar, sino quien sostuvo una pretensión contraria infundadamente. Por eso el juez, al pronunciar su fallo, debe colocarse al momento de la iniciación del juicio, por lo cual la sentencia es siempre declarativa y tiene efecto retroactivo.

Pero ello no basta para impedir que el transcurso del tiempo se traduzca en hechos cuya influencia puede ser decisiva respecto del pronunciamiento final, tanto en lo que se refiere a su eficacia como a las condiciones en que se ha dictado. El objeto del litigio puede desaparecer, transformarse o disminuir de valor, por la acción de la naturaleza o del hombre, y es evidente que en tales casos la sentencia no podrá reintegrar al vencedor en la plenitud de su derecho (Alsina, 2001, p. 505).

No podrá hablarse entonces de medidas cautelares si no existe un peligro para hacer efectiva la sentencia en virtud del transcurso del tiempo que requiere el normal desarrollo del proceso, porque es precisamente ese peligro el que busca contrarrestar la medida cautelar. Pero esto no significa que el *periculum in mora* tenga que ser objeto de prueba, pues como dice Quiroga Cubillos, "el hecho de ser el *periculum in mora* el fundamento de la cautela no implica que se deba demostrar; este se halla en la mente del legislador al permitir la medida cautelar" (Quiroga, 1985, p. 31).

Esto significa que el legislador, de manera previa, ha calificado en cuáles eventos la demora

procesal representa un peligro para las partes, y en ellos ha permitido que se practiquen medidas cautelares. El *periculum in mora* también constituye un límite al poder judicial de decretar medidas cautelares, pues al establecer una cautela, el juez deberá garantizar que exista proporción entre esta y el peligro que representa la tardanza.

Características de las medidas cautelares.

Los principales elementos distintivos de las medidas cautelares son los que se enuncian a continuación.

- Son actos de naturaleza jurisdiccional, en la medida que solo competen al juez, o a quienes ejercen funciones jurisdiccionales de manera transitoria, como es el caso de los árbitros y algunas autoridades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio o los Inspectores de Policía. Lo que se quiere indicar es que por más que haya certeza de la existencia del derecho y que sea evidente el peligro que corre el mismo por el transcurso del tiempo, no les está permitido a los particulares que bajo el modelo de un Estado de derecho actúen por su propia mano y realicen directamente los actos conducentes a garantizar la sentencia.
- Son instrumentales, toda vez que la medida cautelar no constituyen un fin en sí misma sino que está al servicio del proceso, y en especial de la sentencia, ya que buscan garantizar anticipadamente sus efectos.
- Son provisionales, ya que se justifican, siempre y cuando subsistan las razones que dieron lugar a su decreto y perdurarán cuando más hasta el momento en que se dicte la sentencia.
- Son mutables, elemento distintivo directamente relacionado con el carácter provisional de las cautelas, pues si se modifican de manera sustancial las condiciones fácticas

que dieron lugar a su decreto, bien puede pedirse que igualmente se altere la medida cautelar, ya sea porque se necesita reforzar aún más las garantías de la futura sentencia o porque la cautela se ha tornado excesiva o innecesaria. Esta característica es importante porque en ocasiones los jueces no acceden al decreto de una medida cautelar porque consideran que la misma debe permanecer inalterada hasta que se dicte la sentencia definitiva, circunstancia que puede acarrear graves perjuicios para la parte demandada; esta posición carece de fundamento, pues nada impide que después de decretada la medida cautelar el juez la pueda modificar de oficio o a petición de parte, si en algún momento del proceso la misma es, o se hace, innecesaria o excesiva.

- No requiere la vinculación previa del demandado; tal como lo señala el profesor Alsina (2001, p. 505), "la providencia precautoria se dicta *inaudita parte*, pero ello no implica violar el principio de bilateralidad, pues permite a la parte adversa, una vez cumplida, discutir su procedencia y extensión." No se necesita entonces ni vincular ni oír al demandado para que se decrete la medida cautelar, y esto es así porque precisamente lo que se busca con algunas de las medidas cautelares es actuar antes de que el demandado tenga conocimiento de la acción que se adelanta en su contra, para evitar que este altere de tal manera la situación inicial que se haga imposible el cumplimiento de la sentencia, como ocurre cuando el deudor empieza a sustraer sus bienes.
- Son taxativas, es decir, que solo se podrán decretar medidas cautelares en aquellos eventos en que expresamente lo autorice la ley. Esta nota distintiva se justifica en la medida que la cautela lesiona o, por lo menos, limita significativamente los derechos de la parte demandada y por ello debe el legislador autorizar previamente su decreto.

En este punto es importante hacer la distinción que hace el profesor López Blanco (2004, p. 848) entre la taxatividad y la innominatividad, ya que en varias obras se suelen confundir estos dos elementos. Tal como se expuso, cuando se dice que las medidas cautelares son taxativas, se está indicando que las mismas requieren de una norma que las contemple de antemano, pero cuando la norma no solo autoriza que se decrete la medida cautelar sino que, además, señala el proceso y regula la medida que se debe practicar, la misma adquiere el carácter de nominativa, como ocurre, por ejemplo, con el embargo en los procesos ejecutivos o la inscripción de la demanda en algunos procesos de conocimiento. Pero existen otros procesos donde se autoriza al juez para ordenar la cautela que estime pertinente; en este caso, se cumple con el requisito de taxatividad, pero la medida cautelar será innominada, pues el legislador dejó al criterio del juez la elección del medio idóneo para garantizar la efectividad de la sentencia; es lo que sucede en las acciones populares, como se profundizará más adelante.

- Para decretar la medida cautelar debe verificarse el cumplimiento de dos requisitos: el *Fumus Boni Iuris* y el temor o posibilidad de un daño jurídico. En cuanto al *Fumus Boni Iuris* o la apariencia de derecho, se requiere para la práctica de la medida cautelar que exista una probabilidad o verosimilitud del derecho; así lo exponen Serra Domínguez y Ramos Méndez:

Es necesario que el peticionario presente pruebas de las que resulten la posible existencia de un derecho en el demandante, que *prima facie* lleve a la conclusión al juez, que de no discutirse esa apariencia inicial el demandante tiene la razón y así deberá manifestarlo en su decisión final, pero ese primer estudio tiene algo de duda que corresponde al demandado hacer efectiva (Serra & Ramos, 1974, p. 37).

En lo que respecta a la posibilidad de daño jurídico, también denominado por algunos doctrinantes como *suspectio debitoris* o sospecha del deudor, el mismo consiste en que para decretar la medida cautelar es necesaria la existencia de una causa que haga temer al solicitante que de no practicarse la cautela, se frustrará o dificultará notablemente la ejecución o eficacia de la sentencia. Sobre este requisito Chioyenda afirma:

Condición general para dictar una medida preventiva es, como se ha visto, el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho... Respecto a la posibilidad del daño, el juez debe examinar: si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por tanto, necesario proveer por vía provisional cuál sea la mejor manera de proveer. Por lo demás, esta condición genérica se determina mejor frente a las distintas medidas preventivas (Chioyenda, 2001, p. 160).

No obstante lo dicho, estos elementos no siempre exigen una prueba, pues si se tiene en cuenta que las medidas cautelares son taxativas y requieren autorización legislativa para decretarlas, se puede señalar que el legislador ha hecho previamente la valoración de los casos en los cuales existe la apariencia de derecho; y tratándose de medidas cautelares nominativas, también se ha presumido por el propio legislador el daño jurídico que puede ocasionarse al demandante y tampoco será necesario probarlo. Ahora, tratándose de medidas cautelares inominadas, será necesario demostrar la probabilidad de daño, pues en estos casos el legislador no ha presumido el daño y debe la providencia judicial justificar por qué la medida impuesta es la idónea para conjurar los posibles perjuicios.

- Pueden ser conservatorias o innovatorias. Aunque se puede pensar que las medidas

cautelares siempre están dirigidas a mantener el *statu quo* y, por ende, solo pueden estar encaminadas a conservar las cosas o las personas en el estado en que se encuentran al momento de iniciar el proceso, tal afirmación se cae por su propio peso, si se tiene presente que la finalidad de la medida cautelar es garantizar la efectividad de la sentencia, y para hacer efectiva la decisión judicial en ocasiones se requiere conservar las cosas en su estado inicial, pero hay eventos en los que se necesita alterar ese *statu quo* para poder hacer prevalecer el derecho sustancial protegido. Por esta razón, el profesor Azula Camacho señala que, de acuerdo con los efectos que produzca la medida o el proceso cautelar, el mismo admite una clasificación en innovatorio o conservatorio:

El innovatorio modifica o varía las circunstancias presentadas en el momento de instaurarse o proponerse el proceso principal, como sucede con la separación de los cónyuges y el depósito de los hijos en el divorcio, la detención preventiva del sindicado en el proceso penal, etc.

El conservatorio, se presenta en el caso de que mantenga o preserve las condiciones de hecho existentes con antelación al proceso principal, como acontece con el embargo y el secuestro de bienes, que evitan que estos se sustraigan del patrimonio de la persona contra quien se dirigen tales medidas (Azuela, 2000, p. 63).

El medioambiente y el principio de precaución

La crisis ambiental ha llevado a que se genere una visión diferente de la relación hombre-naturaleza, de la cual ha surgido un novedoso y particular sistema normativo, que se funda en valores, principios y reglas propias, que permiten reconocerle su autonomía e incluso asume rango constitucional, lo que obedece a

la sensibilidad que generan en el conglomerado social las problemáticas ambientales, pero también a la incuestionable realidad que pone de presente la escasez de los recursos naturales como consecuencia de una sociedad sobrepoblada y altamente tecnificada.

El derecho ambiental representa una respuesta satisfactoria en la medida que cuenta con herramientas diferentes a las propuestas por el ordenamiento tradicional de las que merece especial estudio el principio de precaución, el cual se configura en un principio medular del derecho ambiental y de todas las políticas dirigidas a la protección de los recursos naturales. Este principio 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.

Puede decirse que el principio de precaución, en términos generales, es una apelación a la prudencia. Una autoridad o gobernante se puede encontrar en una situación en la que debe tomar una decisión acerca de determinado proceso, producto o actividad de la que se sospecha, con cierto fundamento, que involucra un riesgo para la comunidad, aunque no exista una prueba definitiva y contundente de tal riesgo, y en estos casos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, una adecuada apreciación de las circunstancias para lograr un equilibrio entre el temor irracional por lo novedoso y la pasividad irresponsable ante actividades o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública y el medioambiente (Andorno, 2004, p18).

Zaccai y Missa señalan que el principio de precaución "consiste en no esperar al elemento de la prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias

dañinas irreversibles para la salud o para el medioambiente y, por lo tanto, no son sostenibles" (citado por Cortina, 2004, p3).

Las principales razones que llevaron a la formulación de este principio son: en primer lugar, que en materia ambiental es difícil detectar de inmediato los daños generados por determinada actividad; es necesario que transcurra un determinado tiempo para saber cuál fue la afectación real y cierta que se ocasionó. En segundo lugar, porque los correctivos que se toman de manera anticipada tienen un menor costo social, político y económico. En tercer lugar, porque cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre, y en materia ambiental ese rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para el medioambiente 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. En cuarto lugar, se está frente a un derecho colectivo cuya afectación pone en riesgo el interés general y limita las posibilidades de la conservación de la especie humana lo que justifica la adopción de un modelo precautorio.

Es posible que en ocasiones se confunda, o simplemente se equipare, el principio de precaución con el principio de prevención. Para lograr una distinción se debe tener presente que en materia de protección de bienes jurídicos ambientales, los ordenamientos jurídicos pueden adoptar tres modelos distintos: el curativo, el preventivo y el anticipativo (Jimenez De Parga & Maseda, 2001, p. 60). El modelo curativo tiene como fundamento la libertad de empresa, y por ello se permite la intervención en la naturaleza sin muchos controles, pero en el evento de ocasionar un daño se debe reparar o indemnizar. Para el modelo preventivo, la re-

paración no es suficiente y, por ende, se deben tomar las medidas preventivas necesarias para evitar que el daño se produzca; no obstante, en respeto de los derechos de los demás y de la seguridad jurídica, para imponer esas medidas preventivas es necesario que exista certeza de la relación causal entre determinada acción y el daño. Por su parte, el modelo anticipativo o precautorio señala que hay que prevenir toda afectación grave e irreversible en el ambiente y, en consecuencia, se pueden imponer medidas restrictivas aunque no haya certeza de la relación causal entre determinada acción y el daño. Para este modelo la falta de certeza no es una excusa admisible para no tomar las medidas preventivas.

Como bien lo expresa Roberto Andorno:

La "precaución" va más allá de la simple "prevención". En la "prevención", la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida (por ejemplo, el uso de automóviles o el consumo de tabaco), y lo único que se ignora es si el daño va a producirse o no en un caso concreto. En cambio, en la "precaución", la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido científicamente comprobada de modo pleno, sino que solamente hay una sospecha fundada de que pueda existir (Andorno, 2004, p28).

La diferencia entre el modelo o enfoque preventivo y el modelo anticipativo o precautorio radica en que el primero se apoya en la certeza científica del riesgo de daño ambiental, mientras que en el segundo es consustancial a su propia definición la ausencia de certeza científica absoluta acerca de la probabilidad del riesgo.

Los tres modelos estudiados son alternativas de protección del medioambiente, y cada uno responde a necesidades diversas; el modelo de precaución tiene su órbita de acción bastante definida e incluso restringida; por eso no pue-

de decirse que el enfoque precautorio es un estado más avanzado o superior que los otros modelos descritos, sino que simplemente es una perspectiva que complementa el esquema de protección ambiental.

De acuerdo con el carácter excepcional del principio de precaución, las formulaciones jurídicas del principio, contenidas en los distintos instrumentos internacionales¹ y en la Ley 99 de 1993 de Colombia, que incorpora de manera expresa el principio en el ordenamiento nacional, se concluye que para aplicar el principio de precaución es necesario que se reúnan dos condiciones: la amenaza de daño grave o irreversible y la incertidumbre científica. Estos elementos se deben complementar con la carga de motivación de la autoridad que impone la medida, so pena de violar derechos subjetivos, tal como lo expuso la Corte Constitucional en su debido momento: "el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-293 de 2002, 2002).

Por último, se debe indicar que la aplicación del principio de precaución tiene unas consecuencias jurídicas importantes que deben ser tenidas en cuenta cuando se está frente a problemáticas de naturaleza ambiental. El modelo precautorio modifica el *modus operandi* tradicional que se traduce en cuatro elementos esenciales: la inversión de la carga de la prueba, las acciones preventivas ante la incertidumbre, la evaluación obligatoria de alternativas y el incremento en la participación pública en la toma de decisiones (Kriebel, et al. 2002, p. 99).

El análisis del principio de precaución en este artículo se justifica en la medida que la insti-

¹ Declaración de Río sobre el Medioambiente y Desarrollo, 1992. Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1992. Convenio sobre la diversidad Biológica 1992. Protocolo de Cartagena 2000.

tución de las medidas cautelares, tal como ha sido concebida en la normativa ambiental, solo puede cumplir su objetivo si los operadores jurídicos comprenden que existe una relación íntima entre esta institución procesal y el principio precautorio.

Las medidas cautelares y la protección del medioambiente

El modelo precautorio al que se ha hecho alusión tiene un radio de aplicación bastante amplio, pues el principio aludido no es exclusivo de las actuaciones administrativas por medio de las cuales se desarrollan las políticas públicas tendentes a lograr la protección del medioambiente, sino que irradia todas las actuaciones de autoridades públicas y de particulares que puedan afectar los recursos naturales.

Como mecanismo procesal para la protección del medioambiente, el ordenamiento colombiano contempla un trámite procesal especial, la denominada acción popular, la cual goza de preferencia después de la acción de tutela y se rige por los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia², acción de naturaleza pública consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y reglamentada por la Ley 472 de 1998. Esta acción se justifica en materia ambiental, porque al estar frente a un derecho colectivo se debe garantizar la participación ciudadana con el fin de que todos los interesados puedan ejercer un control en la protección de los recursos naturales, controles que no se limitan a la esfera administrativa³ 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.

² Ley 472 de 1998, Artículo 5º (República de Colombia, 1998).

³ La Ley 99 de 1993, dedica el capítulo X a los "modos y mecanismos de participación ciudadana", entre los que se encuentran el derecho a participar e intervenir en procesos administrativos, la facultad de solicitar o participar en las audiencias públicas ambientales, el derecho de petición, entre otros (República de Colombia, 1993).

La acción popular es un instrumento procesal que se encuentra en completa armonía con la naturaleza y características de los derechos que pretende proteger, que para el caso de interés es el medioambiente. Así, por ejemplo, el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 otorgó a los jueces la facultad de actuar aunque no se haya verificado la existencia de un daño: "Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible" (República de Colombia, 1998, artículo 2).

En el mismo sentido y también en desarrollo del carácter preventivo y en ocasiones precautorio del derecho ambiental fue que el legislador permitió que los jueces pudieran decretar medidas cautelares, las cuales gozan de las características descritas en este trabajo y además de los elementos especiales que se enuncian a continuación.

Regulación normativa. El Capítulo VI de la ley 472 de 1998 regula la coadyuvancia y las medidas cautelares en las acciones populares (República de Colombia, 1998).

El artículo 25 de la misma ley cumple con el requisito de taxatividad de las medidas cautelares al autorizar al juez su decreto en los siguientes términos:

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.

De otro lado, el artículo 26 de la misma ley consagra el derecho de oposición del sujeto pasivo de la medida cautelar.

Artículo 26. Oposición a las medidas cautelares. El auto que decrete las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días.

La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causas demostrarlas.

No existen otras disposiciones sobre las medidas cautelares en las acciones populares, pero estas dos normas fueron suficientes para plasmar el espíritu del ordenamiento ambiental y garantizar la efectiva protección de los bienes que tienen bajo su tutela.

Características especiales. Conforme a las disposiciones transcritas son varios los elementos distintivos frente al régimen general de las medidas cautelares.

En primer lugar, se concede al juez la potestad de decretar medidas cautelares de manera oficiosa, lo que desarrolla el mandato constitucional según el cual todas las autoridades, e incluso los particulares, están en la obligación de hacer todo lo que esté dentro de su órbita de acción para salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.

No opera la medida cautelar como en el caso de la inscripción de la demanda o el embargo y el secuestro, donde la actuación es rogada y el juez no está facultado para actuar de oficio. Tratándose de acciones populares el juez no tiene que esperar a que el accionante solicite la práctica de una medida cautelar; si se encuentra en una situación donde se pone en riesgo el derecho colectivo está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que el daño se configure.

En segundo lugar, la facultad del juez es mucho más amplia que en un proceso de naturaleza ordinaria, ya que el legislador se preocupó por

cumplir con el requisito de taxatividad de la cautela y consagró la autorización expresa para poderla imponer, pero dejó a criterio del juez el tipo de medida que se ha de decretar en cada caso. Esto significa que las medidas cautelares en materia ambiental son innominadas, lo que se justifica en el hecho de que al legislador no le es posible anticipar todas las formas como pueden ser vulnerados los derechos colectivos para así consagrar los medios para conjurar los potenciales daños; y si se pretende lograr una verdadera efectividad de los derechos, la única forma es dejando en manos del juez tal decisión, para que este, analizando las circunstancias propias de cada proceso, determine cuál es la medida más idónea.

No obstante, para que no quedara duda del amplio poder que tiene el juez en esta materia, a título de ejemplo consagró unas medidas cautelares que son bastante severas como son la suspensión de obras o cesación de actividades, la orden de efectuar los actos necesarios cuando el daño es consecuencia de una omisión, la realización de estudios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes que hay que tomar o incluso conceder facultades al actor para que haga directamente los actos necesarios para evitar el daño a costa del demandado.

En tercer lugar, como consecuencia del amplio poder que tiene el juez para decretar medidas cautelares en las acciones populares, y con el fin de evitar que esta facultad se utilice como patente de corso para cometer cualquier tipo de arbitrariedades y de violar garantías constitucionales del primer orden como el derecho de defensa, al debido proceso y a la libertad de empresa e iniciativa privada, la norma exige que el decreto de medidas cautelares se encuentre plenamente motivado.

Al estudiar los requisitos para el decreto de las medidas cautelares, se indicó que los mismos no requerían ser objeto de prueba por cuanto

la valoración de la apariencia de derecho y la posibilidad del daño futuro ya había sido hecha previamente por el legislador. Pues bien, tratándose de derechos colectivos, el legislador realizó previamente la valoración de la apariencia de derecho, por considerar que ante cualquier amenaza que se presente frente a un derecho colectivo es posible decretar una medida cautelar; pero en lo que se refiere a la posibilidad del daño, tal como se expuso, es una tarea que no puede ser cumplida de manera anticipada por el legislador sino que corresponde al juez.

La carga de motivación o argumentación de la medida cautelar está dirigida entonces a que el juez justifique que existe una amenaza de daño frente al derecho colectivo que es necesario evitar o que se está presentando un daño que debe ser detenido. Adicionalmente, el juez debe argumentar que el medio que ha escogido para atender la amenaza o el daño es el idóneo para evitarlo o detenerlo. En la motivación debe quedar claramente establecido entonces: cuál es el derecho colectivo que se pretende proteger, cuál es el peligro al que se encuentra expuesto, y cómo contribuye la medida decretada a evitar el daño o a hacerlo cesar.

La carga de argumentación no se presenta en las medidas cautelares nominativas que los jueces decretan ordinariamente en procesos declarativos o ejecutivos porque ese análisis lo hace previamente el legislador, y esta situación puede configurar uno de los principales obstáculos para la eficacia de la norma, al menos en materia de medioambiente, debido al carácter técnico y multidisciplinar que caracteriza este derecho. No obstante, la norma también previó esta situación y por eso permitió que el juez pueda auxiliarse de un órgano creado por la misma Ley 472 de 1998: el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos (República de Colombia, 1998). Teniendo presente que los costos de los dictámenes periciales pueden llegar a ser muy elevados debido al grado de

complejidad de los estudios que deben hacerse para determinar la posibilidad del daño y sus consecuencias en materia ambiental, se dota al Fondo de recursos y se le impone la obligación de asumir el costo de los estudios necesarios para determinar cuáles son las medidas cautelares que se deben tomar en cada caso.

En cuarto lugar, es necesario recordar que el objetivo de la medida cautelar es garantizar la efectividad de la sentencia; pues bien, esa sentencia será efectiva en la medida que se ajuste a la finalidad perseguida por la acción popular y que difiere significativamente de otro tipo de acciones, ya que, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 las acciones populares buscan evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (República de Colombia, 1998).

De acuerdo con lo anterior, dentro de una acción popular es posible que el contenido de una medida cautelar sea igual al de la sentencia, porque lo que pretenden ambas actuaciones es lo mismo: evitar que el daño al medioambiente o a otro derecho colectivo se configure; claro está, se diferencian una y otra institución por las particularidades con que el ordenamiento ha dotado a cada una. Así, por ejemplo, la medida cautelar es temporal, provisoria y mutable, mientras la sentencia, una vez queda en firme, es definitiva y, en principio, no hay posibilidad de alteración alguna.

Lo que se quiere indicar es que el juez no puede negarse a decretar una medida cautelar porque considera que la orden a impartir es propia de la sentencia; el análisis que se tiene que hacer para decretar la medida cautelar no es si está anticipando la decisión definitiva, porque tal situación es procesalmente imposible; lo que debe tener en cuenta el operador jurídico es si la medida a decretar es idónea para evitar el daño

o para hacerlo cesar; ya en la sentencia podrá determinar si la medida se torna en definitiva o debe ser levantada.

En quinto lugar, se puede decir que las medidas cautelares en materia de acciones populares se caracterizan por el límite que se impone al demandado que debe soportarlas, toda vez que su derecho de contradicción se encuentra supeditado a los casos expresamente consagrados por el legislador en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998 (República de Colombia, 1998), como serían los casos de evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público o evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Adicionalmente, se presenta una inversión de la carga de la prueba, donde no es el demandante quien tiene que demostrar que la medida efectivamente evitará el daño sino que es el demandado quien tiene el deber de probar que la medida impuesta es lesiva para el derecho colectivo, para el interés general o para la eficacia de la futura sentencia. Es una clara manifestación del principio de precaución.

Hay quienes han considerado que en virtud de lo dispuesto en este artículo, el juez debe hacer una valoración de los bienes jurídicos que se pueden encontrar en conflicto. Al respecto el profesor Tamayo ha señalado:

Lo anterior significa [haciendo referencia al artículo 26] que el juez deberá, incluso antes de decretar las medidas previas, analizar si al decretarlas se puede causar cualquiera de estas situaciones. Es pues, una especie de valoración de bienes en juego, pues al decretar las medidas se puede causar un daño mayor que el que se trata de evitar.

Esta situación se puede presentar cuando, por ejemplo, al ordenar el cierre de

una industria se genera un enorme desempleo que atenta contra la subsistencia de todo un conglomerado (Tamayo, 2001, p. 148).

Esta posición es bastante peligrosa, pues pone en serio riesgo la efectividad del artículo 25, más aún cuando estamos protegiendo el derecho a un ambiente sano, porque en la mayoría de los eventos este derecho entra en pugna con bienes jurídicos bastante importantes para la sociedad. Así, bajo la excusa del interés público se podría sacrificar el derecho colectivo y dejar sin ninguna fuerza el postulado ecológico contenido en la Constitución Política de Colombia de 1991.

La tensión entre ambiente y los demás bienes jurídicos la resuelve el principio de precaución según el cual solo se exige que se dé preponderancia al medioambiente sobre los otros derechos cuando el primero se encuentre expuesto a un daño grave o irreversible.

Bajo este esquema, se puede decir que si se presenta un evento en el cual la forma como opera una industria expone el medioambiente o los recursos naturales a un daño grave o irreversible, y la única forma de evitar que ese daño se configure es ordenando una suspensión de actividades, tal decisión debe ser decretada por el juez sin importar los perjuicios que tal medida cause al conglomerado social, porque el constituyente previamente hizo una ponderación, dando prevalencia al derecho a un ambiente sano. Cualquier decisión en contrario sería incompatible con el derecho ambiental y los postulados constitucionales que lo protegen.

En sexto lugar, se distinguen las medidas cautelares consagradas para las acciones populares, en cuanto a los recursos que se pueden interponer contra el auto que las decide. Lo anterior por cuanto, conforme a los artículos 348 y 351 del Código de Procedimiento Civil colombiano, contra el auto que resuelva sobre una medida cautelar procede tanto el recurso de reposi-

ción como el de apelación, pero tratándose de acciones populares, solo es susceptible de apelación el auto que decreta la medida cautelar, no el que las niega.

Con base en el artículo 26, el Consejo de Estado de Colombia, en auto del 22 de octubre de 1999, con ponencia de Daniel Manrique Guzmán se abstuvo de conocer de un recurso que se interpuso contra el auto que negó la medida cautelar y entre sus argumentos señaló: "... Se observa que en materia de medidas cautelares el único auto apelable es el que las decreta, mas no el que las niega. La solución legal es razonable toda vez que el decreto de una medida cautelar puede irrogar ingentes daños al demandado, en tanto que el que la niega sólo mantiene el *statu quo*" (Consejo de Estado de Colombia, 1999).

El argumento del Consejo de Estado colombiano, en cuanto al soporte normativo es cierto, pero el razonamiento que hace de las disposiciones es muy desafortunado por cuanto desconoce dos elementos importantes: el primero, es que cuando se está frente a un derecho colectivo, no tomar una decisión previa puede acarrear graves perjuicios para el conglomerado social; en segundo lugar, el alto tribunal desconoce que las medidas cautelares no están solo encaminadas a mantener un *statu quo*; también pueden modificar una situación cuando ésta es la que amenaza o causa el daño al derecho colectivo; por ello se habla de medidas conservativas y modificativas.

La Ley 472 de 1998 de Colombia limitó el recurso de apelación solo a la sentencia y al auto que decreta las medidas cautelares por razón de la celeridad que les quiso imprimir a las acciones populares. Pero no tuvo en cuenta que ante la imposibilidad de dar una respuesta inmediata a las solicitudes de protección de los derechos colectivos por parte del poder judicial, el único medio de superar la demora en la decisión es el decreto de una medida cautelar, razón más que

suficiente para que el juez de segunda instancia tuviera competencia para revisar la negativa de las medidas solicitadas, más aún cuando el recurso se puede conceder en el efecto diferido o devolutivo para no alterar la evolución normal del proceso.

Se trata entonces de una particularidad de las medidas cautelares en las acciones populares, pero que a diferencia de las anteriores, no consulta ni está en armonía con el espíritu de los derechos colectivos protegidos.

Por último, se debe señalar que las medidas cautelares que se impongan en una acción popular no pueden ser objeto de contra-cautelares o de cauciones, toda vez que el ordenamiento no ha dispuesto tal carga en cabeza del solicitante de la medida previa, situación que se encuentra en armonía con la naturaleza del derecho que se protege, pues en una acción popular el actor no pide para sí sino para todo un colectivo, y mal haría el ordenamiento en exigirle una cautela a quien actúa en nombre de todos. Por esta misma razón en las acciones populares no se condena en costas al demandante, salvo que se pruebe temeridad o mala fe.

El principio de precaución y las medidas cautelares. Para cumplir con el objetivo propuesto con este artículo es necesario hacer expresa la relación que existe entre el principio de precaución y la figura de las medidas cautelares contenida en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 de Colombia. En otras palabras, se debe establecer si en las acciones populares se plasmó el enfoque cautelar que constituye uno de los fundamentos del derecho ambiental.

El medio procesal que tienen los jueces para velar por la protección del medioambiente es, por excelencia, la acción popular, y dentro de todo su trámite es el auto en el que se decretan las medidas cautelares el momento propicio

para dar aplicación al principio de precaución. Para entender el porqué de esta afirmación es necesario recordar que el principio de precaución opera siempre y cuando el daño no se haya configurado o, de haberse iniciado, se pueda evitar su continuación en el tiempo. Cuando el perjuicio se encuentra completamente consumado, el principio de precaución sale de escena y son otros postulados los llamados a brindar una solución jurídica, como lo sería, por ejemplo, el derecho a la reparación integral del daño sufrido.

Además, cuando se acude a una instancia jurisdiccional es porque las autoridades administrativas omitieron los deberes legales y constitucionales que están a su cargo y se necesita que sea precisamente el poder jurisdiccional el que garantice la efectividad de los derechos ante el negligente proceder de los particulares o las autoridades públicas. Es por esta razón que Rincón Gama y Suárez Mejía manifiestan que la consagración constitucional de la acción popular "significa una consolidación de la separación de poderes como sustento del Estado de derecho, ya que por medio de estas acciones se ponen en manos de la rama judicial problemas con implicaciones sociales, políticas y económicas, que de otra manera no podría conocer, y por tanto, no podría incidir en ellos" (Rincón & Suárez, 2004, p. 12)

Ahora, los procesos en los que se ventilan discusiones en torno a una posible afectación al medioambiente o los recursos naturales tienen un alto grado de complejidad, debido a que requieren un debate probatorio extenso en torno a las condiciones técnicas que rodean el conflicto y esto genera que las decisiones definitivas se prolonguen por períodos considerables, a lo que debe sumarse la mora y congestión judicial que también alcanzan a las acciones populares, a pesar de la celeridad y prevalencia que les otorgó la Ley 472 de 1998.

Ante estas dificultades, la medida cautelar es un instrumento procesal por medio del cual el juez, sin anticipar el fallo, toma los correctivos necesarios para evitar que al finalizar el proceso el daño sea grave o 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 ambientales pero que amenaza de manera grave o irreversible un recurso natural, 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 medioambiente, pero no tiene la fuerza para evitar el daño ambiental, finalidad perseguida por el principio de precaución y por la propia acción popular; simplemente, tendría que condenar a una indemnización.

Lo que busca el principio de precaución es evitar que el daño al medioambiente llegue a presentarse y por ello la actuación debe ser *a priori*, y dicha actuación solo puede provenir del juez al momento de decretar la medida cautelar.

Ahora, para que el principio de precaución pueda ser debidamente desarrollado a partir de la imposición de medidas cautelares, es necesario que los jueces tengan presente que cuando actúan bajo la órbita del derecho ambiental y, por ende, desde un enfoque precautorio, el concepto de daño adquiere un significado diferente.

La acción popular, desde su órbita preventiva, determina pautas según las cuales en este tipo de acciones se puede prescindir del con-

cepto de daño, pues permite su ejercicio para evitar incluso un daño contingente, es decir, aquel sobre el cual no se tiene certeza de su ocurrencia.

Ley 472 de 1998. Artículo 2°. Acciones populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el **daño contingente**, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (República de Colombia, 1998).

No puede entonces exigir el juez para el decreto de la medida cautelar que se demuestre de manera cierta el daño a que se encuentra expuesto el bien jurídico; basta con que exista una amenaza para que haya lugar a prevenirla. Esto no quiere decir que cualquier hecho que altere un derecho colectivo pueda ventilarse procesalmente; debe tratarse de hechos concretos que representen una real amenaza para el medioambiente, aunque no haya una certeza de causalidad entre el hecho y el futuro daño; por eso se hace relación al riesgo, porque este comprende un ámbito de incertidumbre y que no es óbice para su protección.

Los tratadistas Rincón Gama y Suárez Mejía han expuesto con total claridad este punto:

En materia ambiental el daño reviste ciertas particularidades. La legislación ambiental contiene mandatos específicos encaminados a la defensa de los recursos naturales y el medioambiente. Estos mandatos establecen una serie de categorías y conceptos relativamente novedosos para el derecho... que hacen necesario el estudio de trámite de las acciones populares relacionadas con la defensa del medioambiente y la salud, temas conexos, bajo una perspectiva propia.

Dado que toda la normatividad ambiental apunta a prevenir el manejo irracional de los recursos o el daño ambiental, el riesgo en el derecho ambiental equivale jurídicamente a daño. El concepto de riesgo se cristaliza de manera excepcional en el principio de precaución (Rincón & Suárez, 2004, p. 29).

Y más adelante expresan:

Un aspecto que es necesario resaltar es el carácter eminentemente preventivo que el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 le otorga a las acciones populares... se menciona en la norma transcrita la protección de daño contingente, es decir, la protección del daño que puede o no, llegar a suceder.

Esta naturaleza preventiva le da un enfoque nuevo y particular al derecho, ya que dentro del trámite judicial pierde protagonismo las cuestiones que tradicionalmente eran ventiladas en un proceso como supuestos básicos para derivar responsabilidades y la consecuente adopción de medidas. Adquiere relevancia el concepto de riesgo, llegando a equivaler jurídicamente a daño. La prosperidad de una acción popular depende entonces de la valoración de la amenaza que se ocasiona a un grupo de personas indeterminadas o la sociedad en su conjunto como consecuencia de la acción y omisión de la autoridad o de un particular. No es necesario por tanto probar que existe un daño ambiental... como supuesto para obtener la protección de los derechos colectivos. Lo que se debe probar es la existencia de una situación fáctica que pone en riesgo o amenaza ese derecho colectivo (Rincón & Suárez, 2004, p. 39).

En una acción popular, las medidas cautelares tienen unos elementos distintivos que adecuan el instrumento procesal al derecho sustantivo al que le sirven; así, todas las notas propias que introdujo la Ley 472 de 1998 ponen en consonancia la institución cautelar con el principio

de precaución que es pilar fundamental del derecho al medioambiente.

Conclusiones

De conformidad con todo lo expuesto, en una acción popular, para lograr que los postulados plasmados en ella cobren eficacia y constituyan una verdadera herramienta de protección de los derechos colectivos, es necesario que los operadores jurídicos comprendan, en primer lugar, el alcance de la naturaleza preventiva de este mecanismo procesal, el cual impide que se tomen decisiones de acuerdo con los sistemas tradicionales, pues conceptos como el daño y los requisitos probatorios sufren significativas modificaciones, y en segundo lugar, deben aceptar que cuando se está frente a un derecho colectivo como el medioambiente, es mayor el alcance práctico del carácter preventivo en virtud del principio de precaución.

De acuerdo con esa naturaleza preventiva y con el enfoque precautorio, debe el juez decretar las medidas cautelares que considere idóneas para salvaguardar el medioambiente de daños graves o irreversibles, aun en aquellos casos donde no exista una prueba que permita establecer con certeza la causalidad del perjuicio futuro.

Ahora, no se quiere indicar que siempre que se invoque la medida cautelar se deba decretar; como se expuso antes, se necesita demostrar que el medioambiente se encuentra expuesto a un daño grave e irreversible y que las medidas preventivas que se solicitan están dirigidas a evitar ese perjuicio, pero, establecidos estos elementos, no hay razón para postergar la toma de medidas hasta la sentencia, por cuanto en este estado del proceso la decisión sería completamente ineficaz.

Las principales manifestaciones del principio de precaución son la inversión de la carga de la prueba, la toma de decisiones a pesar de la in-

certidumbre, la evaluación de alternativas y el incremento de la participación pública. La acción popular garantiza la participación ciudadana en la toma de decisiones ya que cualquier persona puede interponerla sin necesidad de demostrar interés alguno; basta invocar el interés colectivo. En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 26 de la Ley 472 de 1998 de Colombia consagra la inversión de la carga de la prueba al imponer al demandado la obligación de desvirtuar que la medida cautelar no es necesaria o idónea para evitar el daño. En lo que respecta al análisis de alternativas y a la toma de decisiones con fundamento científico, el artículo 25 permite que se ordene la realización de los estudios necesarios para tomar las acciones preventivas adecuadas. Y en lo que respecta al daño que no constituye elemento esencial para actuar cuando estamos frente la protección de los recursos naturales, el artículo 2º, de manera expresa, señaló que las acciones populares también se encuentran establecidas para evitar el daño contingente, dejando de lado cualquier discusión en torno a la incorporación del principio de precaución.

Al contar con los mecanismos normativos para dar aplicación al modelo precautorio y lograr una efectiva protección del medioambiente, queda en manos de los operadores jurídicos entender la especialidad de estas normas y aplicarlas de conformidad con los principios en que se fundan y las finalidades que persiguen.

Referencias bibliográficas

- Andorno, R. (2004). Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos. En: C. Romero (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho* (pp. 17- 33). Bilbao – Granada: Comares.
- Alsina, H. (2001). *Fundamentos de derecho procesal*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Azula, J. (2000). *Manual de derecho procesal: Tomo I Teoría general del proceso* (7ª Ed). Bogotá: Temis.
- Consejo De Estado de Colombia. (1999). *Auto del 22 de octubre de 1999. Consejero ponente. Daniel Manrique Guzmán*. Colombia
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-293 de 23 de abril de 2002. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra*. Colombia.
- Cortina, A. (2004). Fundamentos filosóficos del principio de precaución. En: C. Romero (Ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho* (pp. 3- 16). Bilbao – Granada: Comares.
- Chioyenda, G. (2001). *Instituciones de derecho procesal civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Devis, H. (1974). *Compendio de derecho procesal. Tomo I: Teoría general del proceso*. (4ª Ed). Bogotá: Editorial ABC.
- Jiménez De Parga & Maseda, P. (2001). *El principio de prevención en el derecho internacional del medioambiente*. Madrid: La Ley.
- Kriebel, D. et al. (2002). El principio de precaución en las ciencias ambientales. En: J. Riechmann & J. Tickner (Coords.), *El principio de precaución en medioambiente y salud pública: De las definiciones a la práctica* (pp. 99 – 124). Madrid: Icaria.
- López, H. (2004). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo II: Parte especial*. (8ª Ed). Bogotá: Dupré.
- Quiroga, H. (1985). *Procesos y medidas cautelares*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- República de Colombia. (1993). *Ley 99 de 1993, mediante la cual se crea el Ministerio del Medioambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medioambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*. Colombia.
- República de Colombia. (1998). *Ley 472 de 1998, mediante la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Colombia.
- Rincón, J. & Suárez, A. (2004). *Las acciones populares en el Estado social de derecho: un instrumento democrático y de equilibrio de poder*. Medellín: Díké.
- Rocco, U. (2001). *Derecho procesal civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Serra, M. & Ramos, F. (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja.
- Tamayo, J. (2001). *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Medellín: Díké.