

*Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo**

Iván Andrés Páez Páez**
Gloria Amparo Rodríguez***

Recibido: febrero 17 de 2013
Aprobado: marzo 22 de 2013

Resumen

Las medidas preventivas previstas en el régimen sancionatorio ambiental son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, que es el derecho ambiental. El artículo realiza una aproximación respecto al contenido, alcance, antecedentes y justificación de las medidas preventivas ambientales desde la óptica del derecho administrativo y como manifestación de una de las funciones del ejecutivo, cual es el mantenimiento del orden público.

Palabras clave: derecho ambiental, procesos sancionatorios, medida preventiva.

* Este artículo hace parte del proyecto de Investigación "La participación administrativa ambiental en los procedimientos para el otorgamiento de licencias ambientales" adelantado por la línea de investigación en derecho ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el cual se encuentra finalizado y que fue financiado por el Fondo de Investigaciones de la misma Universidad.

** Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental y candidato a magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, donde es profesor del postgrado en Derecho Ambiental. Hace parte de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental y actualmente es el Director Jurídico de la firma de abogados Macías Gómez & Asociados Abogados S. A. S. Dirección electrónica: ivan.paez@maciasabogados.com

*** Abogada especialista en Derecho Ambiental, Negociación, Conciliación y Arbitraje y Derecho Médico y Sanitario. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo y candidata a doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental. Profesora de Carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Dirección electrónica: gloria.rodriguez@urosario.edu.co; <http://gloriamparodriguez.blogspot.com/>

Environmental Preventive Measures: An Approach from the Administrative Law

Abstract

Preventive measures provided in the environmental sanction system are a type of cautionary measures set forth in the Colombian legal system, but having some specific characteristics of their own application field: environmental law. This article is an approach to content, scope, background, and justification of environmental preventive measures from the administrative law point of view and as a manifestation of one of the executive branch functions: preservation of public order.

Key words: Environmental law; sanction proceedings; preventive measures.

Introducción

En un Estado social y de derecho como el previsto por el ordenamiento jurídico colombiano, el deber de proteger, conservar y garantizar el uso y aprovechamiento racional de los recursos naturales ha motivado el establecimiento de múltiples medidas para contrarrestar las perturbaciones o afectaciones que estos pueden sufrir, que van desde acciones administrativas, legales y judiciales hasta otras de carácter alternativo. En particular nos referiremos a las medidas administrativas que constituyen la manera como la Administración, en ejercicio de la función que le es propia, adopta decisiones y desarrolla actividades para la correcta gestión de los recursos naturales y la salvaguarda del derecho colectivo al ambiente sano.

Entre las medidas sobre las que haremos referencia, centraremos nuestra atención en aquellas conocidas como preventivas o precautorias, las cuales se han constituido en un instrumento muy aprovechado por las autoridades ambientales para cumplir eficazmente con el mandato superior de protección al ambiente, al evitar de manera práctica atentados contra los recursos naturales, fiscalizar los comportamientos de los administrados e imponer medidas restrictivas de derechos individuales.

La alusión a las medidas preventivas se sustenta en el derecho administrativo, por ser el epicentro donde estas tienen cabida; de allí que el objetivo principal será el de mostrar el fundamento u origen de este tipo de medidas, que ejemplifica una vez más la tensión siempre presente en el derecho administrativo, entre la protección y respeto del interés general y las restricciones o limitaciones a los derechos individuales.

Es así como se busca, en primer término, abordar el tema de la función administrativa, a fin de comprender su contenido y alcance y desentrañar la manera como el ambiente

también hace parte del marco de competencia de la Administración. En segundo lugar, y comoquiera que las autoridades administrativas desarrollan actividades de todo tipo, resulta necesario ubicar las medidas preventivas dentro del conjunto de funciones, para lo que abordaremos la materia de la policía administrativa, por ser el sustento a partir del cual las entidades adoptan medidas cautelares; de esta manera será necesario estudiar elementos como el poder, la función, la actividad y los medios de policía. En tercer lugar, teniendo en cuenta que cualquier actividad que adelante la Administración lleva implícito un procedimiento o manera particular de actuar, resulta necesario abordar el tema de los procedimientos administrativos, conocer su fundamento y sus características, en particular aquellas que se presentan por el devenir de una actividad como la policía administrativa. En cuarto lugar nos ocuparemos de las medidas preventivas desde el propio derecho administrativo a fin de encontrar su razón de ser a partir de esta rama del derecho. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones en torno a las medidas preventivas vistas también desde la óptica del derecho administrativo.

Es importante mencionar que este documento es uno de los resultados del proyecto de investigación "La participación administrativa ambiental en los procedimientos para el otorgamiento de licencias ambientales", cuyo objetivo es evaluar el ejercicio de la participación administrativa ambiental en los procesos para el otorgamiento de licencias ambientales en Colombia. Con ello se pretende señalar los vacíos que se han presentado en el tema y evidenciar los campos específicos en los cuales se ha presentado incumplimiento o evasión frente a la aplicación de las normas ambientales. A través de esta propuesta investigativa se apunta a generar lineamientos que sirvan de herramienta tanto a los ciudadanos como a la administración en cuanto a las licencias y al ejercicio de la participación ambiental. La metodología de la investigación incluye análisis doctrinal, juris-

prudencia, trabajo de campo, documentación institucional, entrevistas, cartografía social, encuestas, entre otros.

1. *Función administrativa*

Con el transcurrir del tiempo, el fundamento jurídico del ejercicio, función o actuación de la Administración ha venido evolucionando, dejando atrás ideas como las del Antiguo Régimen¹ en las que la Administración, en ese entonces encarnada en la figura del rey, actuaba sin límites jurídicos, orientada solamente por la prudencia y el juicio moral del monarca. Tales ideas desaparecieron con la Revolución Francesa, momento a partir del cual el fundamento jurídico de la actuación de la Administración vino a ser la Ley, es decir, que el ejercicio de la función administrativa se circunscribió a la legalidad, lo cual trajo consigo que a partir de esta etapa fuera la Ley el ***límite o sustento de la actuación Administrativa, en la medida en que la norma determina la manera como debe funcionar la Administración en cada situación particular donde se le requiera.***

Bajo esta nueva concepción, aún vigente entre nosotros, la Administración Pública se concibe como lo expresa el profesor García de Enterría (1995) en un conjunto de competencias legales asignadas entre sus agentes, según las materias que a cada uno le correspondan, ejecutadas dichas labores de la manera que la Ley lo determine; en suma, la Administración actúa en las materias que la Ley establece y en la forma como ella lo señala.

De allí, y como bien lo ha señalado el profesor Naranjo (1997), el Estado como ente jurídico y político, dotado de los atributos que le son propios, tiene que cumplir con determinados fines; dentro de estos, y fundamentalmente, la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas de los ciudadanos y la búsqueda del

bien común, conocida también como interés general. Para alcanzar estos fines, el Estado debe ejercer determinadas funciones², las cuales han venido siendo agrupadas en tres grandes vertientes: las funciones judiciales o jurisdiccionales, las funciones legislativas y las funciones administrativas³.

Ahora bien, en el Estado moderno la función administrativa ha de ser entendida: como "el conjunto de actividades que a diario realiza la Administración para el cumplimiento de las leyes y para la consecución del interés general" (Naranjo, 1997, p. 265); según Polo Figueroa (2001), como "un conjunto de actos, hechos y operaciones que realiza la Administración para la satisfacción de necesidades de interés público y para la realización de sus fines, de manera continua y ejecutoria" (p. 25), y desde un punto puramente constitucional (República de Colombia, 1991, Arts. 209, 365 y 366) como el que consagra Penagos (2000), "es la actividad concreta, dirigida, a través de una acción positiva, a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad" (p. 256).

Lo antes expuesto implica que a la Administración⁴, por ser de su esencia⁵, le corresponde,

² Acogemos la tesis del profesor Naranjo (1997) en el sentido de hablar más bien de funciones del Estado que de poderes, puesto que el poder del Estado es uno sólo que por esencia es indivisible.

³ Cabe mencionar y esto de acuerdo a lo prescrito por el profesor Naranjo (1997) en primer orden, que función refiere al contenido mismo de la actividad estatal en sus diversos aspectos y en segundo lugar, que las vertientes establecidas corresponden a lo planteado por Montesquieu. Aunque la doctrina contemporánea y, algunos ordenamientos jurídicos de los Estados han venido hablando de otras dos funciones: la fiscalizadora y la electoral.

⁴ Como lo expone Fiorini (1995) la función administrativa es propia de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de las instituciones que ella comprende, por lo que resulta válido aparejar los términos Administración y Rama Ejecutiva.

⁵ Cabe aclarar que de acuerdo al principio de colaboración armónica tanto el congreso como la judicatura pueden llegar a desarrollar funciones administrativas, aunque el cumplimiento de dichas tareas es como lo expone Vidal Perdomo (1997) meramente instrumental, "es decir un medio para poder realizar lo que les corresponde en otros órdenes de la actividad estatal" (p. 56).

En palabras de Fiorini (1995) "Los que pretenden ubicar ex-

¹ Nos referimos a la época anterior a la Revolución Francesa.

en ejercicio de la función administrativa: hacer cumplir las leyes, administrar los bienes del Estado, planificar la economía, preservar el orden público, defender el territorio nacional y garantizar la correcta prestación de los servicios públicos.

Las anteriores actividades establecidas por el ordenamiento jurídico como componentes de la función administrativa del ejecutivo, se llevan a cabo con arreglo a lo previsto en la Constitución y la Ley, más específicamente la Ley 489 de 1998 que, como expone Vidal Perdomo (2008), declararon que dicha función está al servicio del interés general, estableciendo como umbrales de actuación de la Administración principalmente: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad.

De esta manera y como lo han expuesto Fraga (1978) y Polo Figueroa (2001) la función administrativa se caracteriza por los siguientes aspectos:

1. Comprender un conjunto de actividades emanado del ordenamiento jurídico y cuyo marco competencial se circunscribe a la Constitución y la Ley.
2. Desarrollarse de manera ininterrumpida y principalmente por la Administración, esto es, por el "El Ejecutivo".
3. Implicar la realización de actos materiales, que pueden revestir distintas maneras, actos administrativos, contratos estatales y operaciones administrativas.
4. Tener efectos jurídicos plenos aunque limitados, dado que se materializa de manera concreta, práctica, individualizada y particular.

clusivamente la función administrativa dentro de los cuadros del llamado Poder Ejecutivo, excluyen el valioso sector de actividades que se desenvuelven dentro de los otros dos poderes del Estado, como son las contrataciones de obra o los nombramientos de personal" (p. 26).

Por lo tanto, la función administrativa, como conjunto de actividades que de manera continua y directa ejecuta la Administración para el cumplimiento de los cometidos estatales, desarrolla tres tipos de actividades, como lo expone el profesor Dromi (1996): las de fomento, referidas a la promoción y estímulo de las actividades que de suyo son propias de los particulares; las de servicios públicos, atinentes a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, y las de intervención, que comprenden la policía administrativa, el orden y la seguridad públicas. Es esta última actividad sobre la cual prestaremos nuestra atención, por estar allí cobijado el derecho ambiental y particularmente las medidas preventivas o precautorias.

2. La policía administrativa

Como se vio en el acápite anterior, al hacer referencia al conjunto de actividades que componen la función administrativa, estamos haciendo alusión, en forma ilustrativa, al ejercicio de la policía administrativa, los servicios públicos y las actividades de fomento, llevadas a cabo por la Administración a través de actos administrativos, contratos estatales y operaciones administrativas.

La actividad de policía, eje central del presente capítulo, se contrapone a los servicios públicos y a las actividades de fomento por, como dice Rebollo Piug (2000) "entrañar la imposición administrativa de limitaciones⁶, eventualmente coactivas, a los ciudadanos" (p. 24) con el propósito de mantener el orden público, uno de los fines del Estado contemporáneo.

De lo anterior, se desprende que cada vez que la Administración limita los derechos y libertades individuales, se está haciendo referencia a la policía⁷, entendiéndose por tal "la actividad del

⁶ Las limitaciones, de acuerdo con el doctrinante Rebollo Piug (2000), comprenden: deberes, prohibiciones, reglamentaciones y habilitaciones.

⁷ Es relevante anotar que hoy día el término policía ha venido

Estado que trata de mantener la convivencia ordenada de los individuos y sus actividades dentro del grupo social” (Fiorini, 1995, p. 30). Lo que significa que dicha actividad administrativa tiene por objeto la custodia de las prerrogativas individuales dentro del escenario de lo público, para evitar que estas perturben el orden público, entendido como el conjunto de bienes públicos que deben estar presentes en toda sociedad de derecho y que permiten la convivencia armónica y pacífica de sus integrantes⁸.

En consecuencia, el orden público va ligado a la concepción de policía administrativa en cuanto, como dijimos en líneas anteriores, este comprende el conjunto de bienes que garantizan el bienestar o interés general de la sociedad y que permiten el desarrollo de los derechos subjetivos de las personas. Señala Polo Figueroa (2001) como elementos constitutivos del orden público:

- 1) La tranquilidad: abarca los conceptos de paz y sosiego, con el objeto de buscar el descanso de las personas.
- 2) La seguridad: comprende la protección física de las personas en su vida y bienes.
- 3) La salubridad: predica por el mantenimiento en la sociedad de condiciones de higiene y profilaxis.
- 4) La moralidad: implica el ejercicio de conductas y comportamientos individuales de acuerdo con la decencia y las buenas costumbres.
- 5) La ecología: promulga por la existencia de condiciones favorables para el desarrollo y calidad de vida de las personas; comprende con ello, la protección, conservación y correcta utilización de los recursos naturales.

siendo remplazado por la doctrina por actividades administrativas de intervención, ordenación y/o limitación. Rebollo Piug (2000) hace un recuento de doctrinantes españoles que vienen acudiendo a los términos antes previstos para referirse a la policía.

⁸ Ayala Caldas (1999) recoge algunas definiciones sobre el concepto de policía.

Por consiguiente, el fin de la policía administrativa es, como lo afirma Balbín (2008), armonizar la seguridad, la salud, la ecología, la tranquilidad y la moralidad públicas con las libertades, garantías y prerrogativas individuales, para alcanzar de esta manera un bienestar general equilibrado, siendo el ordenamiento jurídico, el motor a través del cual se logra la complementariedad entre lo colectivo representado en lo público y los derechos individuales.

Ahora bien, dado que la policía administrativa converge dentro del ordenamiento jurídico y comprende multiplicidad de competencias a favor de la Administración, ella ha sido estructurada en distintos niveles de actuación, todos ellos enlazados y ordenados sistemáticamente para darle sustento jurídico suficiente para la limitación y/o restricción de los derechos individuales, y cuyo estudio resulta pertinente al ser dicha estructura la que permite dar vida a las medidas preventivas en materia ambiental.

Así las cosas, en primer lugar tenemos que el derecho o poder de policía⁹ se refiere al conjunto de normas que expide el Estado para regular las actividades que llevan a cabo los particulares a fin de mantener el orden público; en palabras de Farrando y Martínez (1996), “es la potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley fundamental” (p. 492). En el caso *sub examine*, y sin entrar en honduras, tenemos el conjunto de normas ambientales¹⁰ que establecen la manera como deben explotarse los recursos naturales.

En segundo orden, la función de policía es la facultad que tiene la Administración para ejercer las competencias policivas, es decir, se trata de las actividades administrativas a través de las

⁹ Ayala Caldas (1999) recoge también algunas definiciones sobre el concepto de poder de policía.

¹⁰ Ley 99 de 1993 de la República de Colombia, mediante la cual se expide el Código de Recursos Ambientales, y sus Decretos reglamentarios.

cuales se concreta el poder de policía; como expone Ayala Caldas (1999) recordando la jurisprudencia del Consejo de Estado “es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este” (p. 595).

En tercer lugar, se encuentran los medios de policía, que son los distintos tipos de actuación con los que se ha facultado a la Administración para el mantenimiento del orden público, y que pueden ser clasificados de acuerdo con lo expuesto por Rodríguez (2001) como medidas generales, particulares y de coerción. En las primeras se ubican las distintas reglamentaciones que la Administración expide del poder de policía a través de las cuales se imponen las restricciones, las sanciones y las medidas correctivas a las libertades individuales. Para el caso que nos ocupa vendría a ser el acto administrativo por el cual las autoridades ambientales reglamentarán la Ley Sancionatoria Ambiental.

Las medidas particulares, como bien lo anota Polo Figueroa (2001), pueden ser materiales y jurídicas, y no son más que la manera como la Administración aplica o desarrolla las medidas generales. Dentro de los medios materiales encontramos: la captura, el allanamiento y los servicios de policía, y como medios jurídicos tenemos según Garrido, Losada y Palomar (2006) los siguientes:

- 1) La orden policial: que puede definirse como la obligación que impone la Administración al particular, mediante la cual este queda comprometido a la realización de una conducta determinada. Es como dicen Farrando y Martínez (1996), la imposición de una prestación al ciudadano por una perturbación generada. *Prima facie*, es allí donde podrían ser ubicadas las medidas preventivas. Ejemplo, el aviso, la advertencia y el requerimiento.
- 2) La autorización: es el acto administrativo por el cual la Administración autoriza a un

particular a ejercer un derecho preexistente. En palabras de Farrando y Martínez (1996): “La autorización no amplía el campo de los derechos del individuo, solo permite que este los ponga en ejercicio, al reconocérsele que ha cumplido con las condiciones preventivas que ha impuesto el poder de policía”. En derecho ambiental un ejemplo válido serían las licencias ambientales.

- 3) Las prohibiciones: son las restricciones que la Administración aplica a ciertos comportamientos y actividades del particular que por sí solos no causan daño alguno, pero que pueden eventualmente perturbar el orden público.
- 4) El permiso: es la excepción de una prohibición que otorga la Administración al particular para que este realice o adelante un compartimiento del que debía abstenerse inicialmente.

Las medidas de coerción comprenden la utilización de la fuerza pública cuando la perturbación del orden público sea de tal entidad que se haga necesaria su utilización para cesar la perturbación¹¹.

Así las cosas, es posible afirmar que las medidas preventivas de carácter ambiental pueden ser ubicadas dentro de los medios generales y particulares de la policía administrativa, por cuanto su objetivo principal es propender por la correcta explotación de los recursos naturales, es decir, la prevención de cualquier alteración que en materia ambiental perturbe el orden público.

Finalmente, la actividad policía, entendida como la ejecución material que de los medios de policía hace la Administración, refiere al marco competencial en virtud del cual se da cumplimiento a lo previsto en el poder de policía, llevado a cabo a través de las operaciones administrativas

¹¹ Véase al respecto Merkl (2004).

que adelantan las autoridades en ejercicio de la función administrativa que le es propia.

En suma, puede afirmarse que bajo la concepción de un moderno Estado de derecho, la policía administrativa se caracteriza por un conjunto de actividades en virtud de las cuales se regulan o reglamentan los derechos individuales, a fin de armonizar sus funciones con el interés general, actividades cuya particularidad es el ejercicio del imperio de la Administración para la protección de bienes públicos. Es allí donde aparece "*la policía ambiental*" como medio para ejercer el control de las actividades que ejecutan los particulares, en la cuales se involucre el aprovechamiento de recursos naturales, de manera que estas se lleven a cabo dentro de los límites del interés general.

Sin embargo, este control debe estar en perfecta armonía con las libertades individuales, razón por la cual resulta indispensable tener en cuenta que la policía ambiental, y en general la administrativa, se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico; de allí que el individuo, a fin de conjurar la arbitrariedad de la Administración y limitar el ejercicio de este tipo de función, cuente con garantías y prerrogativas constitucionales y legales, como, el respeto y protección de derechos como la libertad y la propiedad; y garantías como la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas impuestas.

3. Procedimientos administrativos y medios de policía

Dentro de los contenidos propios de la policía administrativa, se hará referencia a los medios de policía generales y particulares de carácter jurídico, por ser estos el sustento a partir del cual la Administración despliega sus competencias en materia ambiental.

Los medios de policía, que por excelencia emplea la Administración para el cumplimiento de

su fin de protección, conservación y desarrollo sostenible de los recursos naturales, además de la imposición de sanciones, medios de coerción, a los que no se hace referencia, comprende las órdenes, autorizaciones y permisos, mencionados en líneas anteriores.

Ahora bien, para la ejecución o ejercicio de tales medios, resulta indispensable que la Administración adelante o lleve a cabo una serie o sucesión de actos, ordenados y concatenados, que permitan la consecución ordenada, sistemática, directa, inmediata y regulada de los fines propios de cada una de las medidas antes mencionadas. Nos referimos a los procedimientos administrativos, que se constituyen "en el conjunto de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el fin de preparar la emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común" (Comadira, 1994, p. 117).

En consecuencia, los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico tienen un carácter instrumental, el cual es permitir que el Estado cumpla con su función administrativa, pero no de cualquier manera, sino acorde con lo previsto para tal objetivo por el ordenamiento jurídico. De allí que este tipo de procedimientos se vean irradiados tanto por principios sustantivos como procedimentales; según Comadira (1994), los primeros, establecidos por el ordenamiento jurídico en general y que son de la esencia misma del Estado de derecho, y los segundos, de esencia puramente procedimental emanados de la relación entre el ciudadano y el Estado, al desarrollar estas las funciones que le son propias.

De esta manera, los procedimientos administrativos cumplen un papel trascendental dentro del ejercicio de los medios de policía pues, como lo expresa Laguna De Paz (2006) permiten de una parte, evitar, aunque en algunos casos prácticos no suceda de esa manera, que la actividad de

la Administración lesione derechos individuales y, de la otra, el aprovechamiento general y uso racional de los recursos públicos.

Ahora bien, desde el punto de vista ambiental, la aplicación de procedimientos administrativos significa que la autoridad ambiental, al ejercer medios de policía tales como autorizaciones, órdenes y permisos, para la protección, conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, deberá cumplir con una serie de deberes de carácter jurídico que permitan adecuar su actuación al marco de la legalidad.

Dado lo anterior, es menester centrar la atención en los medios de policía más socorridos en materia ambiental, los cuales, como lo menciona Laguna De Paz (2006), tienen como común denominador su carácter preventivo, es decir, el ser puestos en ejecución por la Administración para salvaguardar los recursos naturales.

El primero de estos medios es la autorización, conocida en nuestro ordenamiento como Licencia, actuación de la Administración por medio de la cual "declara el derecho a la realización de una actividad en régimen de libre iniciativa o a un aprovechamiento del dominio público, previo control de su legalidad y oportunidad" (Laguna de Paz, 2006, p. 53) y caracterizada por ser previa al ejercicio de actividades privadas, cuyo derecho a realizar preexiste.

En nuestro ordenamiento jurídico la Licencia Ambiental, recogiendo lo que en su momento estableció el Código de Recursos Naturales de Colombia, fue regulada por la Ley 99 de 1993 de Colombia y reglamentada por los Decretos 1220 de 2005, 500 de 2006 y 2820 de 2010¹² y, prevista según González (2006), como un acto administrativo previo a la ejecución de las actividades o proyectos establecidos taxativamente en las normas, que habilita al particular para el aprovechamiento y uso de los recursos naturales.

¹² Sobre la evolución normativa de la licencia ambiental en Colombia, véase Hurtado (2003).

Ahora bien, desde una óptica puramente ambiental, la licencia, como manifestación concreta de autoridad, se erige como el instrumento mediante el cual se evalúa, a través de procedimientos técnicos y científicos que identifiquen, prevengan y cuantifiquen los impactos sobre el medioambiente del proyecto, obra o actividad que el particular busca ejecutar (Rodríguez, 2009).

Desde la orilla jurisprudencial¹³ se ha expresado que:

La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables (...). De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir o reversar, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035 de 1995, 1995A).

En consecuencia, la licencia ambiental¹⁴, como medio de policía, se constituye en una habilitación para el desarrollo de derechos individuales, que se materializan por el particular mediante la realización de una obra o actividad, donde el objetivo fundamental de la Administración no es suprimir el derecho subjetivo sino tan solo circunscribirlo a una serie de condicionamientos¹⁵ legales que permitan un impacto permisible a los recursos naturales, de forma tal que no se generen consecuencias irreversibles que pudie-

¹³ Véase al respecto Corte Constitucional de Colombia (1995B).

¹⁴ Sobre el régimen de las licencias ambientales en España véase Martín (1991).

¹⁵ Se está haciendo referencia a las obligaciones que la Administración impone al particular para el desarrollo de la actividad y que pueden ser agrupadas de tres maneras: medidas de compensación, de corrección, de mitigación y de prevención. Véase al respecto Rodríguez, Gómez y Monroy (2012) y Macías (2006).

sen alterar el ambiente y, por ende, perturbar el orden público.

El segundo medio es la orden administrativa, sustrato de las medidas preventivas del derecho ambiental, que comprende los mandatos que obligan al administrado a realizar o abstenerse de ejecutar una determinada actividad; se trata pues de, "actos por los que la Administración, sobre la base de una potestad de supremacía, hace surgir a cargo de un sujeto un deber de conducta positivo o negativo cuya inobservancia expone al obligado a una sanción en caso de desobediencia" (Parada, 2007, p. 353).

4. *Las medidas preventivas*

Dado lo expuesto en acápites anteriores, cabe estudiar las medidas preventivas como una subespecie de orden administrativa con que cuenta la autoridad ambiental, en ejercicio de los medios de policía, generales y particulares, para el mantenimiento del orden público ecológico, es decir, para la protección, preservación y aprovechamiento de los recursos naturales.

En primer orden, es importante anotar que las medidas preventivas son un tipo específico de medidas cautelares¹⁶ a través de las cuales se materializa el principio de eficacia de la Administración, como un mecanismo que permite la protección del derecho colectivo al ambiente sano y la efectividad de las decisiones del Ejecutivo, mecanismo de naturaleza provisional por excelencia, instituido materialmente para conjurar cualquier alteración que afecte de manera grave los recursos naturales y que implique correlativamente la restricción de los derechos individuales.

Es precisamente por la tensión entre el objeto de las medidas preventivas y los efectos que estas tienen sobre los derechos particulares, que su aplicación debe estar circunscrita a

los postulados que dentro del ordenamiento jurídico irradian el debido proceso; de allí que la jurisprudencia constitucional se ocupe de las medidas cautelares al establecer su noción, objeto y características principales. Respecto al concepto, ha dicho la Corte Constitucional¹⁷ que las medidas cautelares son actos o instrumentos de naturaleza preventiva o provisional mediante los cuales el juez (en nuestro caso la Administración), de oficio, adopta las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa (Restrepo, 2006).

La finalidad, según la Corte, es la de garantizar, de una parte, el ejercicio de los derechos, impidiendo que estos sean afectados por situaciones de hecho o de derecho, y de la otra, la efectividad de las decisiones que adopta el juez o la Administración. De allí que las medidas cautelares se caractericen por ser instrumentales, provisionales, preventivas y procesales.

De esta manera se pretende suprimir la arbitrariedad, al definir la procedencia y aplicación de las medidas preventivas que, según lo mencionado, se erigen como una potestad discrecional, que como tal implica la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, materializados en una motivación suficiente y limitados en el tiempo en cuanto atañe la restricción de derechos.

En segundo lugar, desde la óptica puramente ambiental, las medidas preventivas participan del ordenamiento jurídico como herramienta jurídica para la protección del medioambiente. De ahí que "su dictado sirve para evitar daños y recomposiciones ambientales, con los costos económicos que ello trae aparejado y reparándose en la circunstancia que, en la mayoría de los casos, tal remediación también resulta imposible o de difícil cumplimiento" (García, 2006, p. 10).

¹⁶ Véase al respecto Restrepo (2006).

¹⁷ Se refieren las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-431 de 1995, C-925 de 1999 y C-634 de 2000.

Desde el punto de vista sustancial ambiental, las medidas preventivas se sustentan en los principios de prevención y precaución¹⁸; el primero busca evitar los daños futuros, pero ciertos y mensurables, y el segundo apunta a impedir la creación de riesgos con efectos desconocidos y, por lo tanto, imprevisibles, contemplados en la declaración de Río de Janeiro de 1992 y reglados en nuestra legislación por la Ley 99 de 1993 (Sáux & Muller, 2007).

En nuestro ordenamiento jurídico las medidas preventivas tienen su antecedente próximo en el Código Sanitario Nacional o Ley 9 de 1979 de Colombia, adoptándose en ese momento bajo el calificativo de medidas de seguridad¹⁹, las cuales, sí bien no eran sanciones, tenían como características especiales el ser de inmediato cumplimiento, y tener un carácter transitorio y de naturaleza preventiva.

La mencionada Ley fue reglamentada por el Decreto 1594 de 1984 de Colombia²⁰; mantiene lo existente, pero agrega otra característica de aplicación, consistente en que la ejecución de las medidas en comento debía ser producto de una infracción a las normas ambientales.

Con la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 de Colombia²¹, estas medidas fueron renombradas y adoptaron la denominación de

medidas preventivas; sin embargo, dicha Ley no desarrolló de manera amplia el tema y tan solo se ocupó de enlistar los distintos tipos de medidas y determinar las entidades que dentro de la Administración tendrían la facultad de imponerlas, a saber, el Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y las Corporaciones Autónomas Regionales.

De esta manera, las medidas preventivas recogieron lo previsto en Colombia tanto por la Ley 9 de 1979 como por el Decreto 1594 de 1984 y la Ley 99 de 1993, estableciendo en líneas generales que estas no son más que actos administrativos de carácter transitorio de inmediato cumplimiento y sin ningún tipo de formalismos especiales, que imponen las autoridades ambientales, cuandoquiera que ocurra una infracción a las normas ambientales, con el objeto de precaver un daño a los recursos naturales y la salud humana²².

Hoy día, las medidas preventivas también se encuentran contempladas en la Ley 1333 de 2009 de Colombia que estableció por primera vez un régimen sancionatorio propio en materia ambiental. Sobre las medidas precautorias, si bien varió la normativa relacionada con el procedimiento administrativo de aplicación, se mantuvo su categoría de orden administrativo de rango particular, y su valía y caracteres sustanciales, como una actuación u operación administrativa de inmediato cumplimiento y sin ningún tipo de formalismos especiales, y de vocación transitoria.

De igual manera, es importante aclarar que si bien las medidas preventivas tienen su propio estatuto normativo, mantienen su carácter *ius administrativista*, lo que se traduce en que esta institución sigue estando revestida de legalidad, desprovista de cualquier elemento de arbitrariedad, a pesar de ser una potestad discrecional de la Administración, ceñida a los principios propios de la función administrativa y del de-

¹⁸ Véase al respecto Mendieta (2007).

¹⁹ Estas fueron establecidas por el artículo 576 de la Ley 9 de 1979 de Colombia, que señaló: "Podrán aplicarse como medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública, las siguientes: a. Clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial; b. La suspensión parcial o total de trabajos o de servicios; c. El decomiso de objetos y productos; d. La destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso, y e. La congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto. Parágrafo. Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar".

²⁰ El capítulo XVI de este Decreto reguló lo concerniente a las medidas de seguridad, concretamente a partir del artículo 175 y siguientes, donde se estableció: Procedencia, tipos y características de las medidas en cuestión.

²¹ Artículo 85 de la Ley 99 de 1993 de Colombia.

²² Véase al respecto Velásquez (2004).

bido proceso²³, por implicar restricciones al ejercicio de derechos individuales, entre estos, el de defensa, el de ser sujetos de decisiones fundadas y razonadas, y el de impugnar dichas decisiones (Lozano, 2006).

Así las cosas, las medidas preventivas se erigen como un medio eficaz para el cumplimiento de principios como el de razonabilidad administrativa o prevención y precaución ambiental, cuyo objetivo no es otro que la protección, en todo momento y de manera oportuna, de los recursos naturales, para así alcanzar el fin de las normas ambientales. Sin embargo, no quiere decir esto que el derecho ambiental sea visto de forma insular dentro del ordenamiento jurídico, pues necesariamente debe armonizarse con este, lo que implica que no puede desconocer las instituciones del sistema jurídico colombiano, en donde se establece como uno de los pilares fundamentales el derecho al debido proceso.

Finalmente, cabe anotar que las medidas preventivas, como órdenes administrativas que son, materializadas en actos administrativos, que devienen en una potestad discrecional de la Administración, no son, ni pueden utilizarse, como sanciones anticipadas o encubiertas, pues las medidas son autónomas en cuanto a que su valor sustantivo no está circunscrito a los procedimientos sancionatorios. En palabras de González (2006):

No se trata de juzgar si quien realizó la conducta que va a ser objeto de medida preventiva es o no responsable de la infracción de las normas ambientales, pero sí es necesario un juicio previo de valor en el que se vea que existe una violación o infracción a las normas sanitarias, y que de continuarse la acción que se está in-

fringiendo a las normas puede ocasionarse un daño (González, 2006, p. 30).

5. Conclusiones

Las medidas preventivas de carácter ambiental como manifestación de la policía administrativa, en sus distintos niveles, se erigen bajo los contenidos propios del derecho administrativo, como una forma de preservar el orden público, al permitir con su aplicación el establecimiento de un conjunto de condiciones que aseguran materialmente la explotación sostenible de los recursos naturales y correlativamente el goce de los derechos individuales. Así las cosas, las medidas preventivas desde su concepción puramente administrativa, aunque con graves falencias desde campo del debido proceso, la responsabilidad extracontractual del Estado y de las libertades económicas, son un valor fundamental dentro del ordenamiento jurídico, al salvaguardar un elemento esencial dentro de cualquier Estado social de derecho como es el ambiente sano, y dentro de este, los recursos naturales.

Por consiguiente, este tipo de medidas, si bien merecen una reingeniería que permita determinar con total claridad las potestades y límites con los que cuenta la Administración al aplicarlas, su concepción de restringir algunas libertades individuales para la protección de los recursos naturales y del ambiente como elemento constitutivo del orden público resulta compatible con el ideal democrático y de derecho de nuestro Estado, pues se ajusta, aunque no plenamente, a los preceptos constitucionales y legales.

Desde el punto social, las medidas en cuestión cuentan con gran reconocimiento por parte de los administrados al ser, desde el campo de la policía administrativa, prenda de garantía para el mantenimiento del orden y la convivencia ciudadana, además de constituir una manera

²³ En aplicación de los principios del debido proceso tenemos la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín No. 3986- penal, del 15 de octubre de 1997, en virtud de la cual la Sala, en sentencia de tutela, revocó una medida preventiva impuesta por la Administración al considerar que al particular le fue vulnerado el debido proceso.

efectiva para la consecución del cumplimiento de las normas en materia ambiental.

En definitiva, las medidas preventivas son un instrumento del que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental y que facultan a la Administración para el ejercicio de la actividad de policía, correspondiente al establecimiento de órdenes positivas o negativas que restringen o limitan los derechos individuales, cuyo propósito es el de ejercer un control estricto sobre aquellas actividades que perturban el orden público ecológico, al amenazar o transgredir los recursos naturales. En otras palabras, las medidas cautelares tienen una función disuasiva al buscar que los particulares realicen solo aquellas actividades que hagan un uso y aprovechamiento sostenible del medioambiente.

Referencias bibliográficas

- Ayala, J. E. (1999). *Elementos de derecho administrativo general*. (Primera Edición). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Balbín, C. (2008). *Curso de derecho administrativo* (tomo I). Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Comadira, J. (1994). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995A). *Sentencia C-035 de 1995*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995B). *Sentencia C-328 de 1995*. Colombia.
- Dromi, J. R. (1996). *Derecho administrativo*. (Quinta Edición). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- García De Enterría, E. (1995). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial.
- García, M. (2006). "Las cautelares ambientales". *Revista. Disc. Jur. Campo Mourao*, 2(2), 01-23.
- Garrido, F., Losada, H. & Palomar, A. (2006). *Tratado de derecho administrativo Vol. II. Parte general: Conclusión*. (Decimosegunda Edición). Madrid: Editorial Tecnos.
- González, J. E. (2006). *Derecho ambiental colombiano. Parte Especial* (tomo I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Farrando, I. & Martínez, P. (1996). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Fiorini, B. (1995). *Derecho administrativo I* (tomo I, 2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot.
- Fraga, G. (1978). *Derecho administrativo*. (Decimooctava Edición). México DF: Editorial Porrúa S. A.
- Hurtado, J. I. (2003) "Apuntes al nuevo régimen de licencias ambientales". En: O. D. Amaya Navas (ed.), *Lecturas sobre derecho del medioambiente* (tomo IV pp. 289-308). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laguna De Paz, J. C. (2006). *La autorización administrativa*. (Primera Edición). Madrid: Editorial Civitas.
- Lozano, L. (2006). *Derecho ambiental administrativo*. (Séptima Edición). Madrid: Editorial Dykinson.
- Macías, L. F. (2006). "Licencias y permisos ambientales". En: B. Londoño, G. A. Rodríguez & G. J. Herrera (eds.) *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia* (pp. 229-252). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Martín, R. (1991). *Tratado de derecho ambiental*. (Primera Edición). Madrid: Editorial Trivium S. A.
- Mendieta, C. R. (2007). "Principio de Precaución: límites en la adopción de medidas precautorias". En: *Lecturas sobre el derecho del medioambiente* (tomo VII pp. 192-214). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Merkl, A. (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Editorial Comares. S. L.
- Naranjo, V. (1997). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. (Séptima Edición). Bogotá: Editorial Temis.
- Parada, R. (2007). *Derecho administrativo I. Parte general*. (Decimosexta Edición). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Penagos, G. (2000). *Derecho administrativo. Parte general –Proyección al siglo XXI*. (Segunda Edición). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Polo, J. A. (2001). *Elementos de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda.
- Rebollo, M. (2000). "La Policía Administrativa y su Singular Adaptación al Principio de Legalidad". En: F. Sosa (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI – Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín*

- Mateo (pp. 1365-1368). Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia.
- Restrepo, M. (2006). "Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial". *Revista Universitas*, (112), 63-90.
- Rodríguez, G. A. (2009). "La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización". En: Retos y perspectivas del derecho administrativo (pp. 222-245). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A., Gómez, A. & Monroy, J. C. (2012). *Las licencias ambientales en Colombia*. Bogotá: Foro Nacional Ambiental y Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho administrativo*. (Decimosegunda Edición). Bogotá: Editorial Temis.
- Sáux, E. & Muller, E. (2007). "La tutela jurídica del medioambiente. El rol del juez en materia ambiental". En: *VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Velásquez, C. J. (2004). "Ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en España y Colombia para la protección del medioambiente y los recursos naturales". *Revista de Derecho*, (22), 01-64.
- Vidal, J. (1997). *Derecho administrativo*. (Decimoprimer Edición). Bogotá: Editorial Temis.
- Vidal, J. (2008) *Derecho administrativo*. (Decimotercera Edición). Bogotá: Editorial Temis.