

ACCION POPULAR - Medidas previas / DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES - Potestad del juez de la acción popular

En armonía con la importancia que la Constitución ha otorgado a los derechos colectivos susceptibles de amparo por vía de acción popular, de conformidad con la encomienda de protección efectuada por el artículo 89 constitucional, la ley 472 confirió especial relevancia a la protección anticipada o cautelar en esta materia. Así, en orden a reforzar la garantía jurisdiccional de estos derechos, el legislador definió un robusto sistema de salvaguarda previa, que busca dotar al juez de los poderes suficientes para asegurar una mayor y más eficaz tutela judicial efectiva. Con esta finalidad, y a la vista de los consabidos problemas de congestión y mora judicial que asedian al aparato judicial en Colombia, la ley autoriza al juez constitucional la adopción de medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias adecuadas para encarar los problemas que se le presentan sin que deba esperar para ello al momento de la decisión final. Puede adoptarlas antes, cuando quiera que cuente con elementos de juicio suficientes para fundamentar la convicción que está frente a una amenaza o una afectación tal del derecho que aguardar hasta el fallo supondría asumir el riesgo de configuración de un daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) y a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada (*fumus boni iuris*)... La facultad de adoptar estas medidas se encuentra regulada tanto en el inciso 3° del artículo 17, como en los artículos 25 y 26 de la ley 472 de 1998. En la primera de estas disposiciones, en aras de garantizar la efectividad de los derechos colectivos (artículo 2° de la Constitución) y como desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución) se reconoce al juez de acción popular la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos... Teniendo en cuenta estas disposiciones esta Sala ha señalado que el decreto de una medida previa en un juicio de acción popular está sujeto a los siguientes presupuestos de procedencia: a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó; b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 89 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 17 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 25 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 26

NOTA DE RELATORIA: Sobre el decreto de medidas previas en las acciones populares se puede consultar el Auto del 6 de febrero de 2014, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, exp. 2013-00941, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

MEDIDAS PREVIAS EN ACCION POPULAR - Características

Se tiene que el régimen de protección anticipada establecido por el legislador en materia de acciones populares presenta las siguientes características: i) Flexibilidad en cuanto a la oportunidad para su adopción, toda vez que pueden ser decretadas antes de la notificación de la demanda o en cualquier estado del proceso; ii) Apertura en cuanto a la iniciativa para su decreto, ya que pueden ser adoptadas de oficio o a petición de parte; iii) No taxatividad, en tanto que se habilita a la autoridad judicial para adoptar las medidas que estime pertinentes y necesarias para proteger los derechos colectivos y se enmarquen en el bloque de legalidad que rige las decisiones del juez constitucional; iv) Cualificación del supuesto habilitante, puesto que se exige prevenir un daño inminente o hacer cesar el ya causado, como forma de impedir la producción de perjuicios irremediables e irreparables; v) Encerrar órdenes de cumplimiento inmediato; vi) Las medidas así adoptadas son susceptibles de impugnación vía recursos de reposición y de apelación; vii) Los recursos se conceden en efecto devolutivo, por lo cual su interposición no suspende el cumplimiento de la medida ni el curso del proceso; viii) Oposición por razones legalmente establecidas, pues en atención a la trascendencia de la protección previa y como forma de evitar recursos infundados el legislador reguló en el artículo 26 de la ley 472 los motivos en los cuales necesariamente debe fundarse la impugnación de las medidas decretadas. De este modo, se tiene que además de regular lo relativo a la oportunidad, la iniciativa, el tipo de medidas por adoptar, sus fundamentos, los efectos y los recursos que proceden en su contra, la ley 472 de 1998 revistió al Juez de acción popular de notables poderes para salvaguardar los derechos colectivos y garantizar su efectividad frente a daños actuales o contingentes mediante la facultad de adoptar antes del fallo las medidas previas que estime pertinentes siempre que ellas resulten necesarias para evitar afectaciones irreversibles a estos bienes jurídicos superiores (*periculum in mora*) y respondan a una reclamación lo suficientemente seria y fundada en un mínimo soporte probatorio cuyo análisis preliminar brinde sustento adecuado a las órdenes anticipadas que se van a impartir a quien aún no ha sido vencido en juicio (*fumus boni iuris*).

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 25 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 26

PRINCIPIO DE PRECAUCION - Sustento de medidas previas en acciones populares / PRINCIPIO DE PRECAUCION - Especial relevancia en materia ambiental

A la vista del panorama ambivalente e incierto que enfrentan las sociedades actuales a causa del desarrollo de actividades científicas y tecnológicas indispensables para mantener su ritmo de vida en condiciones cada vez más adversas... el principio de precaución es a día de hoy uno de los pilares centrales del Derecho Ambiental nacional e internacional... Pese a tener otros antecedentes, es quizás la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, el documento que encierra su formulación más célebre y extendida. De acuerdo con lo expresado en el Principio 15 de esta Declaración: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. Esta declaración, reforzada por lo previsto por el artículo 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica del mismo año (posteriormente incorporadas a nuestro ordenamiento por las leyes 164 y 165 de 1994 respectivamente), servirá

de base para su positivización e introducción formal en el sistema jurídico nacional por el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de 1993. De acuerdo con esta disposición, que define los principios generales de la política ambiental nacional: 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. Pese a no figurar expresamente en el texto constitucional, el principio de precaución forma parte esencial de la Constitución Ecológica y como tal debe vertebrar las decisiones que adoptan en esta materia las autoridades pertenecientes a las distintas ramas del poder público. Ciertamente, al consagrar el artículo 79 de la Constitución el derecho de todos a gozar de un medio ambiente sano y proclamar el artículo 80 tanto el principio de desarrollo sostenible como la responsabilidad estatal de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, no cabe duda que el Constituyente estableció claros mandatos de protección, control y prevención de la degradación del ambiente, que además de imponer una significativa responsabilidad al Estado en este frente, fundamentan con solidez su rango de principio constitucional... Su objetivo, según ha explicado la jurisprudencia de esta Sala, es propiciar que las autoridades puedan cumplir su misión de defensa de intereses colectivos como el medio ambiente, la salubridad o la seguridad pública en condiciones de especialidad, complejidad e incertidumbre cualificadas, que aun cuando dificultan su cumplimiento no las relevan de sus responsabilidades en estas materias. Esto, toda vez que en virtud de este principio cuando exista peligro o riesgo de causar un daño grave o irreversible en materia de medio ambiente, se deben tomar medidas tendientes a evitarlo aún si no se tiene certeza científica de su ocurrencia. La incertidumbre, en suma, no puede servir de excusa para la inacción frente a riesgos de daños graves e irreversibles soportados en evidencias adecuadas. Estos desarrollos han servido de base para expresar que el principio de precaución se afirma progresivamente como una regla de aplicación directa y autónoma en lo referente a las decisiones que deban adoptar las autoridades públicas en un contexto de incertidumbre científica y las decisiones judiciales han contribuido a afirmar la eficacia de este principio. De conformidad con lo anterior, constata la Sala que la aplicación de este principio tiene lugar en el marco de la gestión de riesgos caracterizados por su complejidad e incertidumbre. De aquí que no apunte a legitimar cualquier clase de intervención pública ante cualquier clase de riesgo o peligro. Su reconocimiento tiene como finalidad específica sobreponerse al obstáculo que la complejidad y la falta de certeza científica respecto de los efectos nocivos de un determinado producto, proceso o tecnología y sus extremos (cuándo, dónde, cómo, sobre quién se concreta, con qué efectos y por cuánto tiempo) puede suponer para la toma de decisiones restrictivas de derechos o libertades individuales por parte de las autoridades, a tiempo para hacerles frente de manera apropiada. De lo que se trata, entonces, como se deriva de su formulación por la Declaración de Río y por el numeral 6° del artículo 1 de la Ley del Medio Ambiente, es de evitar que la oscuridad reinante en relación con los riesgos que conllevan determinadas actividades desarrolladas en el ámbito de la ciencia, la técnica y la tecnología impidan la toma de decisiones oportunas para amparar bienes jurídicos como el medio ambiente, la salud de las personas o la seguridad de los consumidores. El principio de precaución es, entonces, una garantía para la conservación de niveles adecuados de protección de estos bienes jurídicos colectivos mediante la adopción de decisiones preventivas en casos de riesgos no establecidos con total certeza científica y, por lo tanto, un elemento esencial para la materialización del Estado social de derecho y sus fines.

FUENTE FORMAL: DECLARACION DE RIO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO - PRINCIPIO 15 / CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO - ARTICULO 3.3 / CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLOGICA / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 79 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 80 / LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 1 NUMERAL 6 / LEY 164 DE 1994 / LEY 165 DE 1994

MEDIDAS PREVIAS - Requisitos para el decreto por parte del juez de la acción popular

Esta Sala de Decisión, en relación con los requisitos que debe atender el Juez Constitucional de acción popular al definir sobre la procedencia de una medida previa amparada en el citado principio de precaución, ha subrayado que: Valorar la legitimidad de una medida cautelar adoptada en virtud del principio de precaución supondría determinar el riesgo de configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados (*periculum in mora*) y la seriedad y visos de prosperidad de la reclamación (*fumus boni iuris*)... De aquí que la sola amenaza de afectación grave e irreversible a bienes colectivos reconocidos por el ordenamiento jurídico pueda ser suficiente para que se adopten las medidas que se estimen pertinentes para evitar su afectación o menoscabo. Ahora bien, la adopción de esta clase de medidas presupone no solo una decisión adecuada para lograr el fin propuesto, sino también la prueba objetiva de una amenaza de daño grave e irreparable al ambiente y la motivación de la decisión con base en dicho fundamento. Así, aun cuando plenamente vinculado por el principio de precaución y comprometido con la defensa de los derechos colectivos ambientales, el Juez de acción popular no puede obrar de manera caprichosa, apresurada ni a la ligera. Lo previsto al respecto por el artículo 25 de la ley 472 excluye tal posibilidad e impone al juez la carga de la motivación racional y suficiente de las medidas previas que adopte. Como cualquier otra decisión judicial, también el decreto de medidas cautelares ha de basarse en un mínimo de pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso que sirvan de fundamento a la determinación que se adopta, pues se encuentra excluido el proceder subjetivo, peligrosista o intuitivo del operador judicial. Dada la magnitud de sus poderes cautelares, éste debe ser cuidadoso con la valoración del material de convicción que allegan las partes y proactivo en la consecución de las evidencias que le permitan superar las deficiencias probatorias de los sujetos procesales con miras a fundamentar de manera adecuada las decisiones que juzga conveniente adoptar en aras de la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se solicita. No por otra causa el legislador, además de establecer la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante (artículo 30 de la ley 472 de 1998), ha reconocido al Juez Constitucional Popular amplios poderes de oficio en materia probatoria. Adoptar medidas antes del fallo definitivo sin contar con un respaldo probatorio adecuado y sin una motivación suficiente atentaría contra el derecho fundamental debido proceso de la parte demandada. De aquí que, en síntesis, las medidas anticipadas apoyadas en el principio de precaución deben: (i) contar con un mínimo de evidencias que permitan acreditar de manera objetiva y razonable que se está ante el peligro de daño grave e irreversible de un determinado ecosistema o recurso, (ii) resultar adecuadas para impedir que dicha afectación se concrete y (iii) tener una motivación completa, en la que se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada. No se trata, naturalmente, de pedir certeza absoluta sobre lo primero; simplemente de evitar la arbitrariedad de la autoridad y de respetar la garantía del debido proceso de la parte demandada mediante la imposición de la exigencia de adecuación de la medida y de motivación de la decisión como límites a la discrecionalidad judicial que reconoce el ordenamiento jurídico en estos eventos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de precaución se pueden consultar las siguientes providencias de la Sección Primera del Consejo de Estado: i) auto de 5 de febrero de 2015, exp. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP), M.P. Guillermo Vargas Ayala; ii) sentencia del 11 de diciembre de 2013, exp. 11001-0324-000-2004-00227-01, M.P. Guillermo Vargas Ayala; iii) sentencia de 28 de marzo de 2014, exp. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP), M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Suspensión de los contratos de concesión que contienen los títulos mineros / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PRECAUCION - Protección al medio ambiente y a la población que habita la cuenca mayor del río Coello / PERICULUM IN MORA - Elemento indispensable para el decreto de una medida cautelar en el marco de un proceso judicial / PERICULUM IN MORA - Configuración: existe riesgo de daño irreversible / EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Informe técnico y declaraciones que la respaldan ofrecen plena credibilidad

Corresponde a la Sala evaluar si existen estudios científicos o técnicos que permitan arrojar una duda razonable, una hipótesis que verifique la existencia del riesgo que representa la aplicación de la tecnología en el medio ambiente o en la salud; y además, establecer la gravedad de la amenaza en ciernes. Esto, por cuanto, como se explicó con anterioridad, se debe estar ante la amenaza de daños graves e irreversibles para legitimar la toma anticipada de una decisión amparada en el principio de precaución; entendiendo por amenazas graves aquellas que representan una potencial afectación de estos bienes de tal entidad o trascendencia que deben concitar la atención inmediata de las autoridades responsables de cara a su prevención. Y será irreversible aquél daño cuyos efectos sobre los ecosistemas, los recursos naturales o la salud de las personas, de llegar a producirse, no podrían ser revertidos, o no al menos en un lapso corto de tiempo y a un costo significativo; todo lo cual acentúa la gravedad de la amenaza. Se trata, entonces, de verificar la presencia en el caso del denominado periculum in mora, elemento indispensable para el decreto de una decisión cautelar en el marco de un proceso judicial. El Juez debe establecer probatoriamente que la demora en la toma de la decisión de fondo podría llegar a representar un perjuicio severo para el bien jurídico cuya tutela se solicita en el juicio iniciado. De aquí que deba examinar las pruebas acopiadas y sopesar las indicaciones que ellas arrojan sobre la gravedad de la situación de afectación de los derechos colectivos que se denuncia en la demanda. Al respecto debe señalar este Juez que tanto el informe técnico presentado por CORTOLIMA previo requerimiento del Tribunal Administrativo del Tolima antes de su vinculación al proceso, como el diagnóstico y las medidas previstas por el documento CONPES 3570 de 2009 y lo resuelto por CORTOLIMA en la Resolución No. 1765 de 2011, dado el carácter técnico y la autoridad de sus contenidos, ofrecen una base lo suficientemente seria para establecer con objetividad que se está ante un riesgo claro de afectación al medio ambiente y a la población que habita la cuenca mayor del río Coello. Así, por ejemplo, el informe técnico presentado el 29 de septiembre de 2011 por CORTOLIMA previo requerimiento del a quo (antes de su vinculación al proceso), señala que los principales riesgos que puede generar la puesta en marcha de los procesos de exploración y explotación minera aurífera en la región son los siguientes: i) Riesgo de desabastecimiento hídrico, ocasionado principalmente por el retiro masivo de la capa vegetal de las montañas llevada a cabo durante las fases de exploración y explotación, que impide la infiltración de agua en épocas de lluvias máximas debido a la alteración irreversible de las condiciones normales del suelo y a la alteración de drenajes superficiales que

originan reducciones dramáticas en la oferta hídrica del sector; ii) Aumento de la amenaza, vulnerabilidad y riesgo de las poblaciones ubicadas en las márgenes de los ríos Combeima y Cocora, asociados a alteraciones de las condiciones normales del suelo; alteración permanente de drenajes superficiales que originan reducciones drásticas en la oferta hídrica del sector; iii) Aumento en la erosión de los suelos, producida por la pérdida definitiva de la vegetación y de la capacidad orgánica de la capa vegetal; iv) Pérdida de regularidad del régimen hídrico ocasionado por la destrucción de la cobertura vegetal, que genera eventos continuos de sequías o inundaciones por la no retención de los excedentes hídricos en épocas de lluvias; v) Afectación en los procesos productivos en la generación de alimentos por la pérdida definitiva de la capacidad orgánica de la capa vegetal, lo cual pone en riesgo la seguridad alimentaria de la región; vi) Aumento del tipo y número de desprendimientos o deslizamientos de tierra asociados al hundimiento o alteración de la topografía y las características naturales de los ecosistemas de la región, lo cual aumenta los costos de potabilización, tratamiento y suministro del recurso hídrico para el consumo humano; vii) Conflictos asociados al acceso al recurso hídrico en la medida en que el cambio climático, la variabilidad climática, el cambio en el uso del suelo y las actividades propias de la minería generarían reducciones significativas en la oferta hídrica, pese a lo cual se duplicaría la demanda; viii) Contaminación de las fuentes hídricas abastecedoras de las bocatomas, consecuencia de su exposición a agentes contaminantes propios de los procesos de explotación aurífera (cianuro y ácidos) generados por la reacción con otros minerales. Lo anterior se ve reforzado por las declaraciones dadas ante la Sala por los testigos técnicos (...) quienes fueron conformes en señalar el carácter potencialmente riesgoso de la actividad de exploración, dadas las eventuales intervenciones sobre el ecosistema que pueden conllevar las actividades de exploración (perforaciones, remoción de capa vegetal, movimientos de tierra, construcción de campamentos o apertura de vías, entre otras). Visto lo anterior, para la Sala es evidente que no se está ante riesgos menores ni por su entidad ni por sus efectos sobre el entorno y la vida de la comunidad asentada en la zona de influencia de los proyectos suspendidos. En esta fase del proceso judicial parece plausible afirmar que de concretarse estos riesgos los daños serían de tal magnitud que supondrían un detrimento serio del entorno y de los recursos naturales. Resultado crítico si se tiene en cuenta que además se están afectando ecosistemas estratégicos, que si bien no han sido favorecidos por las autoridades ambientales con declaraciones que los conviertan en áreas protegidas excluidas de la actividad minera, desempeñan un papel crucial para la subsistencia de los ecosistemas, cultivos y comunidades de la región. En estas circunstancias se configura el *periculum in mora*, o la situación de afectación o de riesgo de alteración severa o irreversible de los intereses colectivos en litigio como consecuencia del tiempo que puede tomar la resolución de fondo de la controversia. A la vista de la incertidumbre sobre la ocurrencia y alcance de los eventuales daños, y de la certeza de la importancia de los bienes jurídicos arriesgados, se hace necesario adoptar medidas que impidan que la resolución definitiva del caso pueda devenir inocua o inaplicable por arribar años después de planteada la demanda... En estas condiciones, mal podría afirmarse que la medida impugnada carece de un sustento claro o que expresa meras conjeturas, ficciones, hipótesis o prejuicios del juez del caso. Todo lo contrario, como acaba de evidenciarse, son varias y de plena credibilidad las fuentes en que se apoya la decisión previa de intervenir en la problemática ambiental denunciada por el demandante.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Suspensión de los contratos de concesión que contienen los títulos mineros / FUMUS BONI IURE - Análisis

de legitimidad jurídica de la medida previa: evaluación de la razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido

La verificación del cumplimiento del primer requisito obliga a valorar la proporcionalidad de la medida adoptada como criterio jurídico material que condiciona su validez. Esta valoración implica efectuar un examen del equilibrio o balance que debe existir entre los fines que busca la medida y sus implicaciones sobre los derechos de las personas afectados por ella. De lo que se trata es de impedir la adopción de decisiones injustificadas y excesivas, e implica a la vez el reconocimiento de las libertades individuales como límite a la discrecionalidad que el principio de precaución atribuye a las autoridades en la búsqueda de medidas efectivas para enfrentar los riesgos cuya materialización procura evitar. En últimas, si bien es cierto que este principio autoriza a los poderes públicos para adoptar las decisiones que estimen pertinentes en aras de impedir la producción de daños graves e irreversibles al medio ambiente por el desarrollo de actividades riesgosas en relación con las cuales existen cotas significativas de incertidumbre, también lo es que el mandato de protección y efectividad de los derechos individuales contenido en los artículos 2º y 5º de la Constitución se traduce en la imposición de un límite a dicha prerrogativa; de modo que su ejercicio solo será legítimo en tanto que resulte proporcionado (...) Con miras a determinar si la suspensión decretada es proporcional la Sala deberá evaluar la finalidad de la medida adoptada y la adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la suspensión de los títulos mineros decretada por el a quo (...) De lo que se trata aquí, entonces, es de aproximarse a la legitimidad jurídica de la medida o a su apariencia de buen derecho (*fumus boni iure*). Dada la fase procesal temprana en la que se adopta, no puede el Juez al examinar la procedencia de una medida cautelar realizar un juicio integral sobre el fondo de la cuestión; tampoco efectuar una adjudicación definitiva del Derecho. En consideración al carácter preventivo de esta clase de resoluciones en los juicios de acción popular (artículo 25 de la ley 472 de 1998), su principal preocupación debe radicar en evitar la ocurrencia del mal que se cierne sobre los derechos colectivos que constituyen el objeto del proceso. Por ende, el análisis jurídico sobre el que se sustenta la decisión puede resultar más escueto o leve, pues las cautelas, a diferencia de las sentencias, no son decisiones definitivas, que hagan tránsito a cosa juzgada.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Razonabilidad

Se afirma que una decisión es irrazonable cuando carece de todo fundamento, esto es, cuando no apunta a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante. En este sentido, varios de los demandados cuestionan la razonabilidad de la medida en cuanto la tachan de superflua y carente de propósito. En su criterio, toda vez que fue dictada respecto de contratos en fase de exploración, que por su objeto (efectuar los estudios necesarios para determinar la existencia y ubicación del mineral contratado en cantidad y calidad que los haga económicamente explotables, la geometría del depósito dentro del área de concesión, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto ambiental y social de esta labor) resultan ambientalmente inocuos, se trata de una decisión caprichosa. Al respecto considera la Sala que si bien es cierto que el artículo 78 del CM define las labores de exploración como los estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el período de exploración por métodos de subsuelo (...) necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras, lo cual hace posible afirmar que se trata de

una fase de la actividad minera con un impacto ambiental que puede resultar inferior al propio de la etapa de explotación, esta sola definición no permite excluir toda clase de incidencia ambiental. (...) En consecuencia, y habida consideración de que la fase de exploración supone la realización de trabajos y obras como construcción de plataformas de exploración, excavación de pozos exploratorios, apertura, ampliación y mantenimiento de vías en las zonas concesionadas y extracción de materiales, entre otras actividades a desarrollar, no hay duda que genera diversos impactos sobre el medio ambiente (p. ej. la remoción de la cobertura vegetal e intervenciones sobre el territorio que generan erosión, salinización y disminución de la capacidad de infiltración de agua para la recarga de acuíferos) de los que se pueden derivar eventuales afectaciones a los derechos colectivos invocados por el actor. Siendo esto así no resulta procedente afirmar que la medida decretada carezca de finalidad o de objeto, pues es claro cuál es su propósito y que éste se alinea con la preocupación por la guarda de los derechos colectivos ambientales que la Constitución y la Ley imponen a todas las autoridades públicas.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Idoneidad

En cuanto a la idoneidad o adecuación de la medida decretada para lograr dicho fin, algunos de los demandados estiman que ella no es apta para conseguir el objetivo propuesto, toda vez que de ser cierto que la actividad de exploración minera encarna un riesgo para los recursos hídricos de la región lo procedente habría sido prohibir la utilización del recurso y no el desarrollo de la actividad exploratoria que ha sido constitucional, legal y contractualmente autorizada. En especial si se tiene en cuenta que las nuevas tecnologías de producción más limpia permiten que una actividad que no es intensiva en uso de agua como la exploración se lleve a cabo con técnicas y procedimientos que hacen posible reducir el estrés hídrico de los recursos superficiales presuntamente amenazados. En relación con este punto considera la Sala que el resultado del juicio de idoneidad que se efectúe depende de la finalidad que se adscriba a la medida adoptada. En este sentido, si se tiene en cuenta que, conforme se resaltó de manera previa, los objetivos de la suspensión decretada van más allá de la sola preocupación por impedir que los proyectos mineros hagan uso del recurso hídrico (lo cual nos remite únicamente al derecho al manejo y aprovechamiento racional de los recursos hídricos) y abarcan aspectos relacionados con la garantía de otros derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, no cabe duda que la medida se muestra adecuada para su efectiva realización. La delicada situación ambiental experimentada por la zona de influencia de la cuenca mayor del río Coello, relacionada, como ya se mencionó, con el agotamiento del recurso hídrico, el desarrollo de actividades mineras en áreas de especial importancia ecológica, el surgimiento de conflictos por acceso al agua y usos del suelo y la amenaza seria al equilibrio ecológico, económico y social de la región, evidencian la gravedad de la problemática y la necesidad de adoptar medidas capaces de incidir de manera integral sobre todos los componentes de esa realidad y la inutilidad de aproximarse a ella con medidas parciales como las propuestas por las demandadas. Por ende, contrario a lo afirmado por las partes demandadas, la medida sí resulta adecuada para la cristalización de los fines propuestos.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Necesidad

El siguiente paso es examinar la necesidad de la medida, esto es, valorar la inexistencia de otros mecanismos igualmente aptos para la realización del fin trazado pero menos restrictivos de la libertad de empresa de las compañías titulares de las concesiones mineras suspendidas por el a quo. (...) encuentra la Sala que contrario a lo manifestado por el INGEOMINAS, la garantía de cumplimiento de las obligaciones ambientales suscrita por los portadores de títulos mineros en virtud de lo dispuesto por el artículo 202 CM no puede ser valorada como una evidencia de lo innecesario de la medida adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima en el caso sub judice. El carácter patrimonial de la reparación ofrecida por esa clase de mecanismos de cobertura de riesgos, las grandes dificultades que representa la tasación de los daños ambientales o ecológicos puros, las escasas posibilidades de restablecer el equilibrio ecológico gravemente alterado por la mano del hombre y los enormes problemas que representa la imputación de esta clase de daños, sumado al carácter constitucional del principio de prevención de los factores de deterioro ambiental, son razones poderosas para desestimar dicha posición. Dar por buena una postura tal no solo sería renunciar por completo a la aplicación de dicho principio constitucional sino, peor aún, reducir el mandato constitucional de protección de la naturaleza y el deber de garantizar un medio ambiente sano a una mera formalidad, a un discurso hueco que a lo sumo se traduciría en la posibilidad de cobrar una compensación económica por los perjuicios sufridos, dando la espalda a las desastrosas consecuencias para la vida humana y la colectividad de la desprotección de los ecosistemas. En suma, todo lo contrario a lo que la Constitución exige de las autoridades del Estado social y democrático de derecho implantado por el artículo 1º de su texto y del compromiso ambiental que sanciona la Constitución Ecológica nacional (...) En lo que tiene que ver con la segunda línea de argumentación, que parte de la premisa que la legislación minera en Colombia ha establecido un bloque de normas encaminadas a procurar la protección de los ecosistemas y a mitigar los impactos ambientales, estableciendo además un conjunto de entidades responsables de velar por su cumplimiento, dotadas de poderes suficientes para lograr dicho objetivo, la Sala encuentra que aun cuando ello resulta cierto, lo es también que dicha normatividad no impide que en supuestos como el sub judice se presente una amenaza seria y concreta sobre ecosistemas de especial importancia. Los múltiples conflictos ambientales, sociales y económicos originados en la zona de influencia de la cuenca mayor del río Coello, debidamente documentados en el expediente, son la evidencia de lo anterior. En efecto, pese a ser innegable que el CM contiene una multitud de disposiciones de carácter ambiental orientadas a la preservación de los ecosistemas y a asegurar la prevención y mitigación de los impactos de la actividad, encuentra la Sala que la aguda problemática ambiental, social y económica que ha resultado del otorgamiento de títulos mineros en la cuenca del río Coello evidencia una amenaza fundada de afectación grave del equilibrio ecológico y de la preservación de recursos naturales que no puede ser ajeno al Juez Constitucional de Acción Popular. Por esto, aun cuando el temprano estado del debate probatorio y los límites del análisis jurídico propio de la adopción de una medida cautelar impiden profundizar en los detalles de las causas de estos conflictos, para la Sala no resulta desacertado pensar, como lo hizo el Tribunal de instancia, que la suspensión cautelar de los contratos de concesión otorgados en la zona puede constituir una medida necesaria para evitar la afectación de los ecosistemas y recursos naturales de la zona.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Proporcionalidad en sentido estricto

El último hito de la valoración de la legitimidad de la medida adoptada es el examen de su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la comprobación de

que los beneficios que arroja son mayores que los perjuicios que ocasiona. En concepto de los demandados la medida es desproporcionada por varios motivos (...) En cuanto a la primera objeción, relativa al supuesto sacrificio de la legalidad como consecuencia de ordenar la suspensión de concesiones legalmente otorgadas, encuentra la Sala que se trata de razones que no son de recibo. La opción del Constituyente por implantar un sistema constitucional edificado sobre la idea de la supremacía del Texto Superior obliga a entender que es la normativa infraconstitucional (leyes, reglamentos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc.) la que se debe adecuar a las disposiciones de aquél y no al revés. El principio de legalidad no puede entenderse al margen de los impulsos, directrices y exigencias que manan del texto constitucional. La lógica que impone el artículo 4º de la Constitución es, justamente, la contraria. Por ende, en absoluto puede resultar desproporcionado privilegiar el cumplimiento del mandato constitucional de tutela efectiva al medio ambiente y a los recursos naturales sobre el estricto cumplimiento de una legalidad cuando, como se vio, la evidencia recaudada hasta ahora en el proceso ponen de manifiesto que de la ejecución de tales contratos se desprenden riesgos serios y fundados para los ecosistemas y recursos naturales de la zona. En relación con la segunda réplica, que acusa el sacrificio de una actividad legalmente declarada de utilidad pública e interés social (la minería) como consecuencia de fijar una condición de imposible cumplimiento para el levantamiento de la medida, y por ende, equivale en la práctica a la prohibición judicial de una actividad legítima constitucional y legalmente, se tiene que tampoco es éste un argumento de recibo. En primer lugar, ello es así porque en absoluto puede equipararse la medida cautelar de suspensión de los contratos de concesión con la prohibición de la minería en la zona cuenca mayor del Río Coello. En efecto, siendo el legislador el responsable constitucional de definir el régimen de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables (artículo 360 párr. 1 frase 2 de la Constitución), solo a él le incumbe establecer áreas excluidas de la minería o fijar los mecanismos o determinar las autoridades competentes para tomar esta clase de determinaciones. Tales áreas fueron definidas por el artículo 34 del CM. En este orden, para la Sala es visible que en el presente caso, con la medida cautelar decretada, se trata tan solo de evitar de forma preventiva que la ejecución de tales contratos ocasione daños y estropicios en el inmediato futuro que eventualmente podrían resultar irreparables o irreversibles para los ecosistemas y recursos naturales de la zona. El peligro para los derechos colectivos amenazados que se puede derivar del tiempo que toma un proceso judicial en Colombia para definirse de fondo (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho que acompaña a la medida (*fumus boni iure*) son el sustento de esta determinación; que en absoluto constituye un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión. Ahora bien, encuentra este Juez Constitucional que le asiste razón a los recurrentes cuando señalan la incoherencia de lo previsto por el a quo para el levantamiento de la medida, pues es claro que a la luz del ordenamiento jurídico hoy vigente, ni legal ni reglamentariamente es obligatorio ni procedente solicitar ni obtener una licencia ambiental para la fase de exploración de los contratos de concesión minera. Esta exigencia, prevista en el pasado por el Decreto 1753 de 1994, no existe en la normatividad actual (Decreto 1076 de 2015) ni en la aplicable al caso sub examine (Decreto 2820 de 2010), por lo cual su requerimiento como condición para el levantamiento de la medida cautelar resulta inadecuado en tanto que jurídicamente inviable. Finalmente, en lo atinente al tercer reproche, que aduce el desconocimiento de derechos adquiridos, de la propiedad, el debido proceso y la libertad de empresa por una amenaza que no está plenamente comprobada y que a la vista de la inocuidad ambiental de la actividad exploratoria resulta claramente infundada, estima la Sala que las extensas consideraciones efectuadas en esta providencia con relación al principio de precaución la relevan de hacer un análisis de fondo de esta censura. Como ya se mencionó líneas atrás,

el principio de precaución supone una habilitación para que los poderes públicos actúen en defensa de intereses colectivos y se anticipen a su afectación a pesar de existir incertidumbre científica respecto de los extremos del riesgo en cuestión (cuándo, donde, frente a quién, por cuanto tiempo, por qué causa, de qué modo se concretará) o encontrarse frente a amenazas no comprobadas integralmente por la ciencia. Lo anterior, siempre que se esté ante un peligro de daño grave e irreversible al ambiente, establecido por medio de un principio de prueba que imprima seriedad y objetividad al temor que se tiene y que se busque encarar dicho riesgo con una medida adecuada, necesaria y ponderada en sentido estricto. Siendo esto así no resulta procedente exigir la prueba plena de la amenaza que representa la actividad minera para el equilibrio ecológico, la seguridad y la conservación y disfrute de los recursos naturales de la cuenca mayor del río Coello, pues la constatación de todos los elementos necesarios para que se esté ante un ejercicio legítimo del principio de precaución (incertidumbre científica, base objetiva del riesgo, identificación del riesgo y su cualificación como grave e irreversible y proporcionalidad de la medida) hacen improcedente dicho requerimiento.

EVALUACION DE LA MEDIDA PREVIA - Motivación

Cumplidos los requerimientos anteriores, corresponde a la Sala evaluar la motivación expuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima al adoptar la medida impugnada. De lo que se trata es de corroborar que en ella se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida fue adoptada y que tales razones sean válidas. Esta carga de motivación, expresión de los principios de publicidad y transparencia que deben regir las actuaciones de los poderes públicos, se impone al órgano que ejercita las facultades que confiere el principio de precaución como una vía para asegurar la racionalidad de lo resuelto y una garantía a favor del destinatario de las medidas decretadas, quien de esta manera podrá ejercer su derecho de defensa (artículo 29 de la Constitución). Al respecto, este Juez de Acción Popular encuentra que la decisión se halla debidamente fundamentada, razón por la que la medida decretada cumple también con este requerimiento. Ciertamente, de una parte, y desde una perspectiva formal, la providencia parte de un recuento de los hechos que inducen la demanda, luego hace una relación completa de las pruebas que obran en el expediente y de los riesgos que se vislumbran para los derechos colectivos sub iudice, para concluir que se observa la necesidad de adoptar una medida previa como la decretada, debidamente fundamentada, además, en amplios razonamientos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00611-01(AP)A

Actor: PERSONERIA MUNICIPAL DE IBAGUE

Demandado: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y OTROS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra el auto de 30 de septiembre de 2011, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda de acción popular y decretó como medida previa de urgencia la suspensión inmediata de los contratos de concesión contentivos de varios títulos mineros sobre la zona de influencia de la cuenca mayor del río Coello en el Tolima.

I. LA DEMANDA

El 8 de septiembre de 2011, el ciudadano ISAAC VARGAS MORALES, en su calidad de PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ, entabló acción popular contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA “INGEOMINAS”, el MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO y, como terceros interesados, la empresa ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.; la empresa CONTINENTAL GOLD LTDA.; y los particulares FERNANDO MONTOYA, ALBERTO MURILLO, EUGENIO GÓMEZ y NANCY MORENO GUERRERO (ORO BARRACUDA LTDA.), con el fin de reclamar la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa, a la existencia del equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, a la seguridad y salubridad públicas; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a los derechos de los consumidores y usuarios.

1.1. Hechos y omisiones en que se fundamenta.

El actor fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

Expresa que el INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGIA Y MINERIA, INGEOMINAS, en ejercicio de sus funciones suscribió diferentes contratos de concesión con las empresas ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. (correspondientes a los títulos mineros GEB-10N, GLN-093, GLN-094, GLN-095, ELJ-113, HB7-086, JB6-15011, HEG-153, JB6-14541, HEM-095, HEM-096, HEM-

09414X, HEM-09413X, HHV-08231, JB6-14521, JB5-15401, HEG-154, GLT-081, CG3-145, EKQ-102 y FEE-121) y CONTINENTAL GOLD LTDA. (título HEB-166), así como con los particulares FERNANDO MONTOYA, ALBERTO MURILLO y EUGENIO GÓMEZ (título minero BIJ-151); y con NANCY MORENO GUERRERO, de ORO BARRACUDA LTDA. (contrato de concesión correspondiente al título minero JAS-08221). Los títulos anteriormente citados se otorgaron para “desarrollar labores de exploración y explotación aurífera en la cuenca del río Combeima y Cocora; áreas estratégicas para el abastecimiento hídrico actual y futuro de la ciudad de Ibagué”¹.

Alega el actor que las cuencas de los ríos Combeima y Cocora hacen parte de la Cuenca Mayor del Río Coello, y por tal razón “merece especial protección por parte del Gobierno Nacional, como quiera que por medio de la Resolución No. 1765 de fecha 20 de abril de 2011, [CORTOLIMA] efectuó la declaratoria de agotamiento del recurso hídrico en la cuenca del río Coello”².

Considera el demandante que el desarrollo de la minería aurífera a gran escala sobre las cuencas de los ríos Combeima y Cocora “afecta la calidad y el abastecimiento [de agua] para consumo humano de la población actual y futura de la ciudad, además afecta a la población rural, los sectores [...] que soportan la economía y la seguridad alimentaria de la población de Ibagué y otros municipios”³; cuestiones todas ellas vitales para la comunidad y la vida de los individuos que la conforman.

Alega el actor que en las áreas que alojan las bocatomas de los acueductos que surten de agua al municipio de Ibagué, que se ubican en el río Combeima, se encuentran concesionadas en virtud de los títulos mineros EKQ-102 y GLN-093, a cargo de la empresa ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.; y manifiesta además que sobre la zona de la bocatoma del acueducto alternativo que se ubica sobre la cuenca del río Cocora fue otorgado a CONTINENTAL GOLD LTDA. el título minero HEB-166, con lo cual se pone en riesgo el suministro de agua apta para el consumo humano⁴.

Destaca que INGEOMINAS otorgó títulos mineros en relación con áreas que

¹ Folio 116 Cuaderno Principal.

² *Ibidem*.

³ Folio 117 del Cuaderno Principal.

⁴ *Idem*.

fueron adquiridas por el municipio de Ibagué, CORTOLIMA y por la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., IBAL, “con la finalidad específica de garantizar el suministro de agua potable para las generaciones actuales y futuras de la ciudad”⁵. Lo cual, alega, resulta crítico tanto desde un punto de vista fiscal como ambiental. Esto, toda vez que, de un lado, se trata de zonas que fueron adquiridas por estas entidades con recursos públicos con el objetivo -frustrado por las referidas concesiones- de dar cumplimiento a los compromisos de protección del ambiente contraídos por estas entidades en virtud del CONPES 3570 de 2009, denominado “Estrategias de mitigación del riesgo en la cuenca del río Combeima para garantizar el abastecimiento de agua en la ciudad de Ibagué”; y de otro, se está frente a adquisiciones que resultan fundamentales tanto desde la perspectiva del cumplimiento de las políticas públicas ambientales trazadas para esta región del país, como desde la óptica de la preservación de los ecosistemas esenciales para la defensa de las fuentes locales de agua. De esta manera, añade, se da al traste con las cuantiosas inversiones del orden de los \$54.100.000.000.00 que se han efectuado con el fin de contribuir al mejoramiento de las condiciones de la cuenca del Combeima y a promover una mayor protección de ecosistemas estratégicos e impulsar la calidad de vida de la región.

Señala el actor que mediante la Resolución No. 1765 de 2011 expedida por CORTOLIMA, se declaró el agotamiento del recurso hídrico en la cuenca del río Coello, situación que se agrava si se tiene en cuenta que tanto el río Combeima como el río Cocora, que desembocan en el río Coello, han sido objeto de alertas de desabastecimiento por parte de la autoridad ambiental⁶.

Anota el actor que el uso del suelo en las zona señalada anteriormente se encuentra regulado tanto por el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Ibagué como por los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas proferidos por CORTOLIMA, “en donde se dice que las actividades que se desarrollen deben propender por la conservación de la cuenca del río Combeima y en ningún momento la ejecución de un proyectos (sic) minero aurífero en las etapas de exploración y explotación se encuentran en armonía con este fin, razón por lo cual la existencia de títulos mineros en la Cuenca Mayor del río Coello es

⁵ Ejusdem.

⁶ Folio 116 Cuaderno Principal.

contradictoria con el Plan de Ordenamiento Territorial”⁷.

Afirma que la sola idea que las empresas y los particulares demandados desarrollen procesos de exploración minera en la principal fuente hídrica del municipio “es una amenaza sobre la existencia de todos los habitantes de la ciudad de Ibagué, independientemente del proceso de extracción que tengan previstos (sic) para tal efecto, como quiera que es de público conocimiento que cualquier perturbación en las cuencas de los ríos Combeima y Cocora, puede afectar la disponibilidad hídrica para consumo humano y el desarrollo de la ciudad, así como los niveles de potabilidad y pureza del agua”⁸.

1.2. Pretensiones.

Solicitan los demandantes que se acceda a las siguientes pretensiones⁹:

En primer lugar, se pretende que se amparen los derechos colectivos de toda la población de Ibagué, impidiendo que se sigan desarrollando procesos de exploración y explotación minera aurífera sobre la cuenca mayor del río Coello - río Combeima y río Cocora.

En segundo lugar se solicita la declaratoria de extinción de todos los derechos que tengan las empresas y los particulares demandados en virtud de la suscripción de los contratos de concesión correspondientes a los títulos mineros referenciados en la demanda.

Por último, pretende el actor que se prohíba a INGEOMINAS celebrar contratos de concesión para adelantar tareas de exploración y explotación minera aurífera en la Cuenca Mayor del río Coello, río Combeima y río Cocora.

1.3. Solicitud de medida cautelar.

En adición a lo anterior el demandante solicita el decreto de una medida cautelar consistente en “la SUSPENSIÓN INMEDIATA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN” que contienen los títulos mineros GEB-10N, GLN-093, GLN-094, GLN-095, ELJ-113, HB7-086, JB6-15011, HEG-153, JB6-14541, HHV-08231, JB6-

⁷ Folios 120-121 Cuaderno Principal.

⁸ Folios 118-119 Cuaderno Principal.

⁹ Folio 124 idem.

14521, JB5-15401, HEG-154, GLT-081, CG3-145, EKQ-102, FEE-121, HEM-095, HEM-096, HEM-09414X, HEM-09413X, HEB-166, BIJ-151 y JAS-08221.

El actor fundamenta esta solicitud en que la ejecución de dichos contratos de concesión sobre la cuenca del río Combeima supone una perturbación seria sobre ella, la principal fuente hídrica de los ibaguereños, que “puede causar perjuicios irremediables y (...) hacer que se suspenda el suministro de agua potable en la ciudad por termino (sic) indefinido”¹⁰.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Trámite inicial.

Frente a la solicitud de medida cautelar urgente elevada por el actor en el presente proceso, el 21 de septiembre de 2011 la Magistrada Ponente solicitó a CORTOLIMA la elaboración de un informe técnico “en el que se documenten las posibles afectaciones ambientales que se causen en la Cuenca del Río Combeima, así como en la Bocatoma del acueducto de este Municipio”¹¹ en relación con los contratos de concesión objeto de la controversia bajo revisión.

2.2. Informe de CORTOLIMA.

El informe solicitado por el Tribunal fue rendido por la autoridad ambiental mediante escrito radicado el 29 de septiembre de 2011¹². En él se ponen de relieve los siguientes aspectos:

Manifiesta que de la cuenca mayor del río Coello forman parte la cuenca del río Combeima y del río Cocora, y que conjuntamente abastecen de agua al municipio de Ibagué y a las veredas que lo conforman.

Informa que en 1997, por la notable reducción de la oferta hídrica en la cuenca mayor del río Coello, mediante la Resolución 427 de ese año se declaró por primera vez el agotamiento del recurso hídrico.

Resalta que mediante el Acuerdo No. 032 de 2006 CORTOLIMA adoptó el Plan de

¹⁰ Folio 123 Cuaderno Principal.

¹¹ Folio 132 Cuaderno Principal.

¹² Folios 133-140 ibidem.

Ordenación y Manejo de la cuenca hidrográfica del río Coello, con el fin de planificar el uso sostenible del suelo y de los recursos naturales en esta cuenca hidrográfica, así como de definir las acciones e inversiones que se deben realizar en ella para garantizar la sostenibilidad ambiental de la cuenca.

Expresa que mediante el Acuerdo No. 026 de 2007 CORTOLIMA adoptó los usos de suelo (principales, compatibles, condicionados y prohibidos) de esta área, y se definió que la actividad minera tiene uso prohibido en esta cuenca hidrográfica.

Afirma que con el ánimo de contribuir a resolver los conflictos ambientales que presentaba la región se expidió el CONPES 3570 de 2009, “Estrategias de mitigación del riesgo en la cuenca del Río Combeima para garantizar el abastecimiento de agua de la ciudad de Ibagué”; producto del cual CORTOLIMA ha asumido el compromiso de adquirir predios con ecosistemas estratégicos con una extensión de 3.697.87 hectáreas. Adquisiciones, agrega, que no tienen otro fin que asegurar el abastecimiento de agua para la ciudad y los acueductos veredales y reducir la vulnerabilidad del riesgo asociado a deslizamientos y crecidas súbitas; no obstante lo cual esas zonas han sido objeto de concesiones mineras.

Enfatiza que de las 137 veredas del municipio de Ibagué hay 67 que se encuentran en zonas de afectación por títulos mineros, lo cual impacta sobre 84 acueductos veredales.

Subraya que el suministro de agua para el casco urbano de la ciudad de Ibagué podría resultar seriamente afectado ante la eventual entrada en explotación de las concesiones otorgadas, “toda vez que no solo las bocatomas del Acueducto actual y del Acueducto Complementario se encuentran concesionadas bajo títulos mineros, sino también los ecosistemas que generan la oferta hídrica, la supervivencia humana y el desarrollo económico actual y futuro de la ciudad”¹³.

Menciona como principales riesgos que puede generar la puesta en marcha de los procesos de exploración y explotación minera aurífera los siguientes:

- (i) Riesgo de desabastecimiento hídrico, ocasionado principalmente por el retiro masivo de la capa vegetal de las montañas llevada a cabo durante

¹³ Folio 137-138 del Cuaderno Principal.

las fases de exploración y explotación, que impide la infiltración de agua en épocas de lluvias máximas debido a la alteración irreversible de las condiciones normales del suelo y a la alteración de drenajes superficiales que originan reducciones dramáticas en la oferta hídrica del sector.

- (ii) Aumento de la amenaza, vulnerabilidad y riesgo de las poblaciones ubicadas en las márgenes de los ríos Combeima y Cocora, asociados a alteraciones de las condiciones normales del suelo; alteración permanente de drenajes superficiales que originan reducciones drásticas en la oferta hídrica del sector.
- (iii) Aumento en la erosión de los suelos, producida por la pérdida definitiva de la vegetación y de la capacidad orgánica de la capa vegetal.
- (iv) Pérdida de regularidad del régimen hídrico ocasionado por la destrucción de la cobertura vegetal, que genera eventos continuos de sequías o inundaciones por la no retención de los excedentes hídricos en épocas de lluvias.
- (v) Afectación en los procesos productivos en la generación de alimentos por la pérdida definitiva de la capacidad orgánica de la capa vegetal, lo cual pone en riesgo la seguridad alimentaria de la región.
- (vi) Aumento del tipo y número de desprendimientos o deslizamientos de tierra asociados al hundimiento o alteración de la topografía y las características naturales de los ecosistemas de la región, lo cual aumenta los costos de potabilización, tratamiento y suministro del recurso hídrico para el consumo humano.
- (vii) Conflictos asociados al acceso al recurso hídrico en la medida en que el cambio climático, la variabilidad climática, el cambio en el uso del suelo y las actividades propias de la minería generarían reducciones significativas en la oferta hídrica, pese a lo cual se duplicaría la demanda.
- (viii) Contaminación de las fuentes hídricas abastecedoras de las bocatomas, consecuencia de su exposición a agentes contaminantes propios de los procesos de explotación aurífera (cianuro y ácidos) generados por la reacción con otros minerales.

Remarca el hecho que el 20 de abril de 2011, tras constatar que la demanda hídrica era superior a la oferta, expidió la Resolución No. 1765, por medio de la cual declaró el agotamiento del recurso hídrico en la cuenca del río Coello, con la

finalidad de garantizar equidad en el acceso al agua, la sostenibilidad del recurso, evitar la polarización que resulta de los conflictos por acceso al agua y promover un desarrollo basado en el ahorro y uso eficiente del recurso.

Alude a la función de advertencia efectuada por la Contraloría General de la República al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible el 19 de julio de 2011 en relación con la gestión de la concesión de la mina La Colosa, en la cual se hace énfasis en la necesidad de evitar un daño ecológico grave e irreversible sobre ecosistemas de especial significado ambiental, el recurso hídrico, las poblaciones asentadas en la zona u otras actividades económicas desarrolladas en ella.

III. DECISIONES IMPUGNADAS Y ACTUACIONES POSTERIORES

3.1. El auto que decretó la medida cautelar.

Mediante auto de 30 de septiembre de 2011¹⁴ el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda interpuesta, ordenó vincular a CORTOLIMA como máxima autoridad ambiental de la región y al Municipio de Ibagué y a la IBAL ESP S.A. como terceros afectados. Además decretó la medida cautelar solicitada por el actor por considerar que se encontraba suficientemente acreditada la afectación de manera grave de los intereses colectivos invocados, y de hallar fundamentados los criterios de viabilidad, necesidad y oportunidad de la medida cautelar solicitada. En consecuencia ordenó “la suspensión inmediata de los contratos de concesión contentivos de los títulos mineros GEB-10N, GLN-093, GLN-094, GLN-095, ELJ-113, HB7-086, JB6-15011, HEG-153, JB6-14541, HHV-08231, JB6-14521, JB5-15421, JB5-15401, HEG-154, GLT-081, CG3-145, EKQ-102 y FEE121, HEM-095, HEM-096, HEM-09414X y HEM-09413X, BIJ-151, HEB-166, JAS-08221”¹⁵.

En criterio del Tribunal, en consideración a los documentos allegados al proceso por el actor y el informe solicitado a CORTOLIMA, la medida cautelar solicitada resulta procedente pues:

¹⁴ Folios 160-180 del Cuaderno Principal.

¹⁵ Folio 179 del Cuaderno Principal.

“(...) existe suficiente ilustración en relación con el inminente peligro para la vida humana, la supervivencia, y el desarrollo presente y futuro del Municipio de Ibagué y sus habitantes derivado de la exploración y explotación minera que afecta la cuenca mayor del Río Coello (Río Combeima y Cocora).

*Resulta de absoluta credibilidad el informe técnico presentado por la autoridad ambiental, por que (sic) se encuentra debidamente documentado, y existe plena coincidencia con la problemática descrita por el Personero Municipal de Ibagué (...) la entidad ambiental es clara al señalar que cualquier tipo de perturbación sobre la estabilidad ambiental de las fuentes hídricas afectaría necesariamente la sostenibilidad de la cuenca mayor del río Coello (ríos Combeima y Cocora) por lo que se comprometería **la supervivencia de la población y el desarrollo actual del Municipio de Ibagué.***

*De otra parte, es perentorio señalar que para **mitigar el riesgo en la cuenca del río Combeima y garantizar el abastecimiento de agua en la Ciudad de Ibagué**, la citada Corporación compró 16 predios, los cuales se encuentran ubicados precisamente en la zona que posteriormente fue concesionada con los títulos mineros, situación que incrementa la preocupación con el impacto que se presentaría en el caso de permitir que avancen las actividades de exploración y explotación minera.*

*En el mismo sentido, resulta significativamente importante la información que se suministra, con relación a que existen **137 veredas** de las cuales **67 se encuentran dentro de la zona de afectación** de los títulos mineros otorgados por Ingeominas **impactando el suministro de agua para 84 acueductos veredales**, así como la constatación que **15 bocatomas, de las 67 veredas impactadas** se encuentran dentro de los títulos mineros otorgados y 3 de las que surten los centros poblados de Juntas, Llanitos y Chapeton (sic) se encuentran dentro de las zonas tituladas para efectuar labores de exploración y explotación minera en el Municipio de Ibagué.*

*Como si fuera poco, el suministro de agua para el casco urbano de la ciudad de Ibagué, de acuerdo con el informe técnico, se afecta directamente con la eventual puesta en marcha de las actividades mineras por parte de los terceros concesionarios, **toda vez que, no solamente las bocatomas del acueducto actual y del complementario se encuentran concesionadas bajo títulos mineros sino también los ecosistemas que generan la fuente hídrica indispensable para garantizar el abastecimiento hídrico, la supervivencia humana y del desarrollo económico, actual y futuro de la ciudad.***

No se considera necesario abundar en razones o consideraciones adicionales para afirmar que, en aras de garantizar la protección efectiva e inmediata de los derechos colectivos amenazados, deberá accederse a la medida cautelar solicitada y ordenar la suspensión inmediata de los contratos de concesión contentivos de los títulos mineros”¹⁶.

Esta decisión, sostiene el Tribunal, se debe mantener “hasta tanto se cuente con la licencia ambiental proferida por la Corporación Autónoma del Tolima, entidad

¹⁶ Folios 174-176 Cuaderno Principal.

que, en todo caso antes de concederla, (en caso que ello pueda ser posible), deberá, además de exigir los requisitos señalados en la ley para este tipo de actividades, presentar un estudio técnico debidamente documentado en el cual se garantice que tales actividades mineras no afectarán los ecosistemas y las fuentes hídricas (...) o que las afectaciones que se presenten serían mínimas y mitigables a corto tiempo”¹⁷.

Y finaliza su análisis exponiendo las razones por las cuales, al tratarse de un conflicto que involucra el derecho a la vida de las personas y la supervivencia de la comunidad por un lado, y el derecho de los concesionarios mineros al aprovechamiento económico de unos recursos naturales por otro, debe resolverse a favor de los primeros. Con base en este razonamiento estima que la medida resulta idónea, necesaria y proporcionada para lograr el fin de asegurar la prevalencia de aquellos intereses, preponderantes en el caso concreto. Esto, por cuanto para el Tribunal Administrativo del Tolima tales derechos “deben privilegiarse, para lograr la tutela judicial efectiva, como quiera que no se pueden supeditar frente a derechos principalmente de carácter económico de un reducido grupo de inversionistas y los trabajadores vinculados al proyecto”¹⁸.

3.2. Los recursos interpuestos.

Inconformes con esta decisión, CONTINENTAL GOLD S.A. (hoy Negocios Mineros S.A.) y ORO BARRACUDA S.A.S. interpusieron sendos recursos de reposición y en subsidio apelación¹⁹, cuyos fundamentos se expondrán en un apartado especial. Esto, con el fin de abordar con mayor detalle los planteamientos en que se sustentan los recursos presentados.

3.3. Los escritos de los terceros coadyuvantes.

3.3.1. Escrito presentado por CORTOLIMA.

En el documento radicado para **coadyuvar las pretensiones de la demanda**²⁰, la autoridad ambiental pone de relieve los siguientes aspectos relevantes para la controversia:

¹⁷ Folio 176 del Cuaderno Principal.

¹⁸ Folio 178 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 454-476 y 482-494 del Cuaderno Principal, respectivamente.

²⁰ Folios 240-261 del Cuaderno Principal.

Subraya como “altamente preocupante”²¹ que se hayan otorgado títulos mineros sobre los lugares donde se ubican las bocatomas de algunos acueductos comunitarios de la zona y ecosistemas estratégicos.

Destaca que dada la extensión de tierra que ha sido concesionada en la región (55.506,68 hectáreas) se afectan de manera directa 60 fuentes abastecedoras de agua y se pone en riesgo la sostenibilidad de 84 acueductos rurales existentes en las veredas. Con ello no solo se perjudica la economía de esta zona del país, sino también a una población de 22635 personas (4527 familias).

Pone de manifiesto el esfuerzo económico realizado por ella para adquirir predios en los cuales se encuentran ecosistemas estratégicos con el fin de garantizar el abastecimiento hídrico de la comunidad, la mitigación del riesgo y el cumplimiento de los compromisos emanados del documento CONPES 3570 de 2009; no obstante lo cual fueron otorgados varios títulos mineros sobre estas áreas. Y apunta que con “la puesta en marcha de la más elemental de las actividades mineras de exploración o explotación aurífera existiría un notorio y considerable detrimento patrimonial en contra de la entidad (...) toda vez que se adquirirían bienes con el fin de garantizar la oferta hídrica –CONPES 3570 de 2009- pero los mismos no se utilizarían para el objetivo inicialmente concebido sino para efectuar labores de minería a cielo abierto, conllevando un proceso absoluto de depredación de la capa vegetal que elimina sistemáticamente las condiciones del ecosistema que garantizan la existencia del recurso hídrico”²².

3.3.2. Escrito de CARLOS JULIO ESCOBAR ESCOBAR.

En ejercicio de sus derechos, como ciudadano, habitante de la región y representante del “gestante partido político: LCEP (LAICOS CATÓLICOS EVANGELIZADORES DE LA POLÍTICA)”²³, CARLOS JULIO ESCOBAR ESCOBAR presenta escrito²⁴ en el que advierte sobre los riesgos para la sociedad del dominio de Satanás y sus secuaces y de vivir dejando por fuera de nuestras vida al Ecce Homo. Expresa que su interés “es la individualidad de la comunidad, de este nuestro país, ligado en una común unión con la parte ecológica, de gran

²¹ Folio 244 del Cuaderno Principal.

²² Folio 256 del Cuaderno Principal.

²³ Folio 232 del Cuaderno Principal.

²⁴ Folios 231-235 del Cuaderno Principal.

riqueza, que DIOS, el creador, nos ha bendecido y de la cual todos somos responsables”²⁵. Y adjunta un video que “sin engaños, muestra la realidad de lo que es el magnicidio ambiental, de los que buscan la felicidad, con lo que san Francisco de Asís llama: “el estiércol de Satanás”: el dinero”²⁶.

3.3.3. Escrito de ALVARON LEÓN HINCAPIÉ VEGA.

En ejercicio de sus derechos constitucionales y legales el ciudadano ALVARO LEÓN HINCAPIÉ VEGA presentó escrito de coadyuvancia de las pretensiones de la demanda²⁷ en el que destacó el sólido fundamento de la medida cautelar decretada y la necesidad de impedir que se desarrollen procesos de exploración y explotación minera aurífera en la cuenca del río Coello sin los estudios científicos que fundamenten su compatibilidad con el sostenimiento y la conservación del medio ambiente. Igualmente resalta las actuaciones de la autoridad ambiental de la región, que no solo ha adquirido predios en los ecosistemas estratégicos de la zona, sino que además ha cumplido con sus funciones expidiendo el POMCA del río Coello, priorizando esta fuente hídrica y definiendo los usos de suelo para garantizar un manejo sostenible de los recursos.

3.3.4. Escrito del Municipio de Ibagué.

El Municipio de Ibagué también radicó su solicitud de vinculación como parte coadyuvante de la demanda por compartir la totalidad de los fundamentos de la solicitud y el sentido de las pretensiones planteadas²⁸.

3.3.5. Escrito de la IBAL ESP S.A.

La Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado IBAL ESP S.A. concurre también al proceso en calidad de tercera afectada por los hechos de la demanda y coadyuva las pretensiones de la demanda²⁹.

Sostiene que toda actividad minera genera impactos sobre los recursos naturales y cuando es a cielo abierto tales impactos se hacen aún más gravosos. Por esto

²⁵ Folio 231 del Cuaderno Principal.

²⁶ Folio 234 del Cuaderno Principal.

²⁷ Folios 271-277 del Cuaderno Principal.

²⁸ Folios 313-316 del Cuaderno Principal.

²⁹ Folios 437-446 del Cuaderno Principal.

afirma que “la eventual puesta en marcha de las actividades mineras por parte de los terceros concesionarios sobre las cuencas hidrográficas de los ríos Combeima y Cocora constituyen una amenaza para el suministro de agua del casco urbano de la ciudad de Ibagué y para la calidad de vida de los habitantes de dicho municipio”³⁰.

Subraya la gran cantidad de agua que requiere el proceso de explotación de oro: aproximadamente 1.0 m³ por segundo para procesar cada tonelada de mineral, por lo cual para procesar entre 20 y 35 millones de toneladas anuales se requerirían entre 631 y 646 millones de m³ de agua aproximadamente. Y afirma que para la ciudad de Ibagué se estima una necesidad de 140 lts/habitante al día, siendo necesario, para cubrir las necesidades básicas de los 500.000 habitantes de la ciudad, tener una disponibilidad de 25.5 millones de m³ anuales. Por consiguiente, concluye, “la explotación minera consumiría 25 veces más, para sus actividades, de lo que se requiere para suministrar agua potable a la ciudad de Ibagué”³¹.

Destaca igualmente la contaminación del agua por la utilización de cianuro en el proceso y la contaminación de las aguas subterráneas por los drenajes ácidos que se generarían de la actividad y la movilización de metales pesados como cromo y plomo entre otros. Lo anterior, sin contar con la afectación directa a predios que alojan ecosistemas estratégicos para el abastecimiento hídrico de la región.

Recuerda, por último, las cuantiosas inversiones efectuadas por distintas autoridades (\$18.934.000.000.00) como CORTOLIMA, el municipio de Ibagué y ella misma, en la compra de predios para asegurar la protección de ecosistemas estratégicos, en cumplimiento de los compromisos surgidos del Documento CONPES 3570 de 2009; los cuales se podrían perder en el momento en que se viabilice el aprovechamiento minero de tales zonas.

3.4. Otras solicitudes presentadas.

3.4.1. Solicitud de rechazo de la demanda.

³⁰ Folio 439 del Cuaderno Principal.

³¹ Folios 440-441 del Cuaderno Principal.

Mediante escrito radicado por su apoderado judicial, ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. solicitó el rechazo de la demanda por la presunta configuración del fenómeno de agotamiento de la jurisdicción³².

Alega esta compañía demandada que el Tribunal Administrativo del Tolima no puede desconocer que la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de los ríos Coello y Cocora (USOCOELLO) presentó demanda de acción popular por los mismos hechos ante los juzgados administrativos de Ibagué el día 5 de marzo de 2009, y que ésta fue admitida por el Juzgado Tercero Administrativo de dicho Circuito mediante providencia del 19 de marzo de dicho año.

Expone que la Procuraduría General de la Nación, la Personería de Ibagué, la Federación Nacional de Arroceros (FEDEARROZ), CORTOLIMA y algunos estudiantes de las Universidades del Rosario y de Ibagué se vincularon a dicho proceso (AP 2009-0068) como terceros coadyuvantes de la acción y fueron admitidos en tal calidad mediante autos del 6 de junio y 19 de octubre de 2009, y 22 de junio de 2010.

Manifiesta que en virtud de la identidad que se observa entre las dos acciones interpuestas se configura el agotamiento de la jurisdicción, instituto jurídico que desarrolla los principios de celeridad, economía y seguridad jurídica, y que “en términos generales se presenta por la ausencia de jurisdicción para definir el asunto jurídico sustancial, por cuanto los mismos derechos, objeto y causa ya son materia de un proceso iniciado con antelación (exp. 2009-0068), del cual además ya es parte como coadyuvante la Personería Municipal de Ibagué”³³. Se presenta así una situación que hace imposible que se dé un segundo proceso sobre la misma controversia, ya que la persona que ejerció la acción en primer lugar actuó en representación de todos los demás miembros de la colectividad y en consecuencia, el juez que asume conocimiento del caso restringe la jurisdicción y la competencia de los demás funcionarios judiciales para conocer del asunto³⁴.

3.4.2. Solicitud de aclaración del auto que decretó las medidas cautelares.

³² Folios 222-230 del Cuaderno Principal.

³³ Folio 244 del Cuaderno Principal.

³⁴ Folios 225-226 del Cuaderno Principal.

Mediante escrito radicado ante el Tribunal, CORTOLIMA solicitó aclaración del auto admisorio³⁵ de la demanda en los siguientes términos:

Manifiesta que debido a que el auto se condiciona la vigencia de la medida cautelar decretada a que CORTOLIMA expida la licencia ambiental correspondiente y a que ésta elabore un estudio técnico en el que se asegure la no afectación de los ecosistemas de la región, no puede pasarse por alto que la competencia funcional para el caso de explotaciones mineras de la magnitud de la que se desarrolla en el Tolima corresponde al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (en adelante MMADS) y no a las CAR.

Aduce que aun cuando en vigencia del Decreto 1753 de 1994 era requisito obtener licencia ambiental para adelantar labores de exploración minera la normatividad actual (Decreto 2820 de 2010) eliminó esta exigencia. Y agrega que “[e]sta situación es altamente preocupante comoquiera que en la fase de exploración solo se deben presentar las guías minero ambientales, sobre las cuales la autoridad ambiental solo puede efectuar labores de seguimiento”³⁶.

Invoca el principio de precaución y el riesgo que representa para la comunidad el desarrollo de actividades mineras en zonas sensibles para el abastecimiento de agua de la región y pide que se aclaren los considerandos sobre los que se soporta la medida, toda vez que “no debe existir condicionamiento para la suspensión de los contratos de concesión sino por el contrario deben permanecer en el tiempo hasta que se resuelva de fondo el presente proceso”³⁷.

Agrega que si se llega a considerar que la vigencia de la medida decretada depende de la elaboración de un estudio técnico, su preparación y presentación debe direccionarse hacia la misma autoridad responsable del licenciamiento ambiental de la actividad, es decir, el MMADS.

3.5. Auto que resuelve las solicitudes de aclaración, coadyuvancia y rechazo de la demanda.

Mediante auto del 28 de octubre de 2011 el Tribunal Administrativo del Tolima

³⁵ Folios 265-270 del Cuaderno Principal.

³⁶ Folio 269 del Cuaderno Principal.

³⁷ Folio 270 del Cuaderno Principal.

denegó la solicitud de rechazo de la demanda elevada por la compañía ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A., aceptó la coadyuvancia de CORTOLIMA, de CARLOS JULIO ESCOBAR ESCOBAR e igualmente requirió al señor ALVARO LEÓN HINCAPIÉ VEGA para que aporte su dirección de notificación antes de vincularlo al proceso en calidad de coadyuvante³⁸.

Igualmente aclaró lo solicitado por CORTOLIMA, en el sentido de indicar que la medida cautelar decretada permanecerá vigente “hasta tanto la autoridad ambiental competente otorgue la licencia ambiental, que en todo caso deberá estar debidamente sustentada en estudios técnicos que garanticen la no afectación del recurso hídrico, y que las eventuales afectaciones que se presenten serían mínimas y mitigables a corto tiempo, ello en razón de la magnitud del impacto ambiental que se avizora, y con el fin de precaver la afectación de los derechos colectivos de la comunidad Tolimense, y preservar su subsistencia, pues es evidente, de las pruebas que desde ahora obran en el expediente, que ya existe el menoscabo del recurso hídrico, cuyo mantenimiento y reserva, se reitera, debe prevalecer sobre los derechos económicos de grupos minoritarios”³⁹.

3.6. Auto que resolvió el recurso de reposición y confirmó la medida cautelar decretada.

Por medio de providencia del 19 de noviembre de 2012 el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió en sentido negativo los recursos de reposición interpuestos, confirmando la medida, y concedió el recurso de apelación presentado en subsidio por las compañías ORO BARRACUDA S.A.S. y CONTINENTAL GOLD S.A. (hoy NEGOCIOS MINEROS S.A.)⁴⁰. Luego de hacer una valoración de las pruebas acopiadas en el proceso y tomadas como base para el decreto de la medida cautelar adoptada, el Tribunal concluye lo siguiente:

“De conformidad con el material probatorio relacionado en precedencia, no cabe duda que la medida cautelar decretada, consistente en ordenar la suspensión inmediata de los contratos de concesión de los títulos mineros GEB-10N, GLN-093, GLN-094, GLN-095, ELJ-113, HB7-086, JB6-15011, HEG-153, JB6-14541, HEM-095, HEM-096, HHV-08231, JB6-14521, JB5-15421, JB5-15401, HEG-154, GLT-081, CG3-145, EKG-102 y FEE-121; BIJ-151; HEB-166 y JAS-08221, está totalmente respaldada en las pruebas analizadas anteriormente y que fueron válidamente allegadas al proceso,

³⁸ Folios 278-282 del Cuaderno Principal.

³⁹ Folio 281 del Cuaderno Principal.

⁴⁰ Folios 320-336 del Cuaderno II.

con las cuales se demuestra la afectación a cada uno de los derechos colectivos que se pretenden proteger con la interposición de la presente acción popular, afectación que se puede apreciar con el informe técnico rendido por CORTOLIMA en virtud del requerimiento que se hiciera a tal entidad el 21 de septiembre de 2011, con la finalidad de poder contar con mayores elementos de juicio que eran indispensables para determinar la necesidad o no de decretar la medida cautelar antes citada”⁴¹.

Defiende la legitimidad de la prueba de oficio decretada, consistente en solicitar el informe de CORTOLIMA respecto de las implicaciones ambientales de los títulos mineros otorgados en la zona, no solo por la habilitación legal al juez de acción popular para decretar pruebas de oficio, sino además porque de lo contrario no se habría contado con las evidencias necesarias para formar la convicción que exige el decreto de una medida cautelar como la adoptada en el *sub examine*. En su criterio “con las pruebas que sirvieron de base para la medida cautelar decretada, se demuestra la inminencia de un daño a los derechos colectivos invocados en la demanda, razón por la cual la medida se encuentra debidamente sustentada, en tanto se hace necesario adoptar acciones que contrarresten la amenaza y vulneración a los derechos colectivos, de tal manera que existen suficientes elementos de juicio para justificar la medida cautelar decretada”⁴².

Enfatiza que no se puede estimar que la medida adoptada ocasiona un perjuicio al interés general porque “se cuenta con diversos elementos probatorios que evidencian el peligro que corren los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia de equilibrio ecológico con un manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales que garanticen el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y los derechos de los consumidores y usuarios”⁴³.

Y finaliza su análisis afirmando que la medida decreta es conforme al principio de proporcionalidad, en tanto que adecuada para lograr el fin perseguido y “necesaria para proteger el recurso hídrico de los habitantes del Municipio de Ibagué, porque no existe otra manera de menguar los daños inminentes que se causarían en el

⁴¹ Folio 310 del Cuaderno II.

⁴² Folio 333 del Cuaderno II.

⁴³ Idem.

evento de proseguirse con las labores de exploración y explotación minera”⁴⁴.

También se admite la solicitud de vinculación como coadyuvante de la parte demandante del Señor ALVARO LEÓN HINCAPIÉ VEGA, y al ciudadano JORGE HERNAN SOTO ARIAS como coadyuvante de la parte demandada. Respecto de la solicitud elevada por el señor JORGE ELEAZAR DEVIA para que se le tenga por coadyuvante manifiesta requerir su dirección de notificación.

Por último, rechaza por improcedente la objeción por error grave planteada por el Señor JORGE ELEAZAR DEVIA al informe rendido por CORTOLIMA el 29 de septiembre de 2011. En concepto del Tribunal “tal objeción no resulta procedente como quiera que, el mismo no reviste la connotación de ser un dictamen pericial sino un informe presentado por la autoridad ambiental de nuestro Departamento, que en su momento se requirió de oficio, con el fin de reunir mayores elementos de juicio sobre la posible afectación a los derechos colectivos aducidos por el actor popular”⁴⁵.

3.7. Auto de corrección de la providencia que resolvió el recurso de reposición.

Mediante providencia del 21 de enero de 2013 el Tribunal Administrativo del Tolima corrigió el nombre de una de las personas que presentó recusación contra los magistrados integrantes de la Sala de Decisión y se reconoció a JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS como coadyuvante de la parte demandada.

3.8. Auto de admisión de los recursos de apelación.

Una vez repartido el expediente en el Consejo de Estado y antes de admitir los recursos de apelación interpuestos, el Despacho Ponente de este fallo devolvió el asunto al Tribunal Administrativo del Tolima para que se remitieran las piezas procesales necesarias para determinar si el recurso interpuesto por la Sociedad ORO BARRACUDA S.A.S. había sido interpuesto en tiempo o no. Esto, debido a no figurar constancia de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda a esta compañía ni tampoco de la interposición del recurso por su parte⁴⁶.

⁴⁴ Folio 334 del Cuaderno II.

⁴⁵ Folio 335 del Cuaderno II.

⁴⁶ Folios 399-400 del Cuaderno II.

Atendido este requerimiento el Despacho admitió los recursos de apelación interpuestos por CONTINENTAL GOLD S.A. (hoy NEGOCIOS MINEROS S.A.), ORO BARRACUDA S.A.S. y la apelación adhesiva de ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. contra el auto del 30 de septiembre de 2011 mediante providencia del 12 de agosto de 2013⁴⁷.

IV. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS

4.1. Recurso de reposición y en subsidio apelación de CONTINENTAL GOLD S.A. (hoy NEGOCIOS MINEROS S.A.).

La sociedad NEGOCIOS MINEROS S.A. se opuso al decreto de la medida cautelar ordenada por el Tribunal Administrativo del Tolima, señalando en su escrito en que la decisión del Tribunal se basó en que la sola existencia de los títulos mineros *per se* causa un perjuicio al recurso hídrico del Municipio de Ibagué; lo cual no solo carece de fundamento, sino que además desconoce la legislación minera, el carácter de utilidad pública e interés social de la actividad minera, la validez de los contratos de concesión celebrados y las responsabilidades que la normatividad impone a las autoridades ambientales y mineras en materia de protección de los recursos naturales. Afirma que según la normatividad vigente en Colombia el riesgo de afectación ambiental por parte de la minería legal “NO existe, pues los pasos que deben surtir para la obtención de permisos previos constituyen filtros ineludibles preventivos de tales daños”⁴⁸.

Señala además que la medida tomada por el Tribunal es equivocada por cuanto asume erradamente que tener un título minero habilita *per se* realizar actividades de explotación. Para hacerlo, acota, no solamente hay que ser titular de una concesión minera; hay que agotar la fase de exploración y además satisfacer diversos requisitos previos como la obtención de una licencia ambiental. Y agrega –en la parte final del extenso escrito– que la utilización de agua en la fase de exploración es mínima, ya que esta fase “consiste en la realización de diversos estudios científicos que por su propia naturaleza requieren poca o ninguna utilización de recursos hídricos, por lo que mal podría afirmarse que ella podría afectar de manera grave este tipo de recursos naturales”⁴⁹.

⁴⁷ Folio 446 del Cuaderno II.

⁴⁸ Folio 457 del Cuaderno Principal.

⁴⁹ Folio 471 del Cuaderno Principal.

Indica que la medida cautelar decretada resulta “precipitada, innecesaria, prematura, aislada, y sin el acopio de los elementos de juicio necesarios”⁵⁰, ya que el Tribunal se anticipó a que se activaran y funcionaran los mecanismos ordinarios previstos por la legislación frente a situaciones de amenaza para los recursos naturales. Así, dice, era necesario aguardar a que los concesionarios mineros, conforme avanzan en la ejecución de los contratos, soliciten los permisos correspondientes para el uso del agua y entonces, con ocasión de dichos procedimientos, puedan las autoridades, “previa la realización de estudios técnicos y científicos, sopesen las circunstancias, los caudales, las desventajas, las compensaciones, las reparaciones, etc. y decidan con base en todos los elementos de juicio del caso y con el bagaje propio de su especialidad, otorgar o no los permisos”⁵¹.

Añade que un juez de acción popular no puede decidir “omnímoda y desproporcionadamente suspender los títulos mineros de los demandados como medida cautelar en precaución de imaginarios, inciertos e infundados daños al recurso hídrico, pasando por alto la existencia de los trámites, pasos y oportunidades para solicitar los permisos señalados y desconociendo la competencia otorgada por la ley a quienes corresponde otorgarlos o negarlos”⁵². E insiste en que “el impacto que tendrá sobre los recursos hídricos un determinado proyecto minero, debe ser establecido con grado de certeza científica mediante los procedimientos y trámites preestablecidos en la ley y ante las autoridades ambientales competentes, y no a través de una acción popular *ad hoc* que desconoce la existencia de dichas autoridades ambientales y sus procedimientos, finalidades, su legalidad y su eficacia”⁵³.

Remarca el hecho que no es la primera vez que se produce una declaración de agotamiento del recurso en la cuenca del río Coello (la primera, dice, fue en 1997); lo cual evidencia “que no se trata de un agotamiento definitivo sino coyuntural pues ningún objeto material puede agotarse varias veces, salvo cuando se trata de un bien renovable y sus agotamientos sean, como se dijo, temporales y circunstanciales”⁵⁴.

⁵⁰ Folio 456 del Cuaderno Principal.

⁵¹ Idem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Folio 457 del Cuaderno Principal.

⁵⁴ Idem.

Reprocha la aplicación del principio de precaución que se observa en el decreto de la medida cuestionada. En su criterio este principio no permite “presumir bajo cualquier hipótesis un daño ambiental, impidiendo, por tanto, la demostración mediante la realización de estudios técnicos y científicos idóneos al efecto durante el desarrollo de las etapas y procedimientos legalmente previstos en una concesión minera. Por el contrario, el principio de precaución, para su debida aplicación, presupone necesariamente que se adelanten los procedimientos y trámite que la ley ha previsto para determinar el impacto ambiental que tendrá un específico proyecto minero mediante la realización de estudios técnicos y científicos idóneos ante las autoridades mineras y ambientales competentes para que el resultado final de dichos estudios, trámites y procedimientos el que permita al interesado demostrar con grado de certeza científica que la actividad minera que desea desarrollar será armónica con el medio ambiente, y solo si no se alcanza este grado de certeza científica respecto de la compatibilidad de la minería con el medio ambiente, ahí si es procedente impedir la (sic) desarrollar la específica actividad minera que no se demuestre compatible con el medio ambiente”⁵⁵.

Manifiesta el recurrente que la medida del Tribunal genera mayores perjuicios al interés colectivo que se pretende proteger por la grave vulneración de la legalidad en que incurre, así como un perjuicio de tal gravedad a NEGOCIOS MINEROS S.A. que de resultar un fallo favorable a ella sería prácticamente imposible de cumplir. Por esto tilda la medida de desproporcionada, ya que le prohíbe a los concesionarios ejercerla totalidad de los derechos que emanan de sus títulos mineros, sea o no que se afecte o requiera el recurso hídrico para su desarrollo.

Denuncia que la suspensión decretada carece del sustento probatorio necesario para adoptar una medida de esa envergadura, ya que se apoya en un informe de CORTOLIMA, que en tanto sujeto coadyuvante de la parte demandante no es un tercero imparcial, menos aun cuando el hecho de involucrar la controversia a un concesionario con el cual la autoridad ambiental ha tenido serios enfrentamientos y el breve término en el cual fue elaborado el informe levantan sospechas sobre su imparcialidad e idoneidad. Estas circunstancias, añade, impiden darle el valor probatorio que el Tribunal le otorgó o siquiera tomarlo como una prueba idónea, pertinente o conducente, ya que es “un documento proveniente de una parte involucrada en el proceso y con interés en el resultado del mismo, circunstancia

⁵⁵ Folio 457 del Cuaderno Principal.

que le quita de tajo el carácter de informe técnico (...) y lo torna en una simple opinión o alegato de parte”⁵⁶.

Explica que la medida cautelar decretada no tiene carácter temporal o provisional, como se pretende, sino permanente, ya que impone para su levantamiento una condición de imposible cumplimiento, a saber: la obtención de una licencia ambiental que no podrá tramitarse. Esto, debido a que la normatividad nacional únicamente exige dicho requisito para la fase de explotación, y para pasar a ella es necesario agotar la fase de exploración; de modo que al ordenar su suspensión no será posible hacer la transición requerida, quedando los contratos paralizados en la fase en que fueron suspendidos.

Mediante escrito presentado el 30 de enero de 2013 la compañía ratificó estos argumentos como fundamento del recurso de apelación que se abre a trámite⁵⁷.

4.2. Recurso de reposición y en subsidio de apelación de ORO BARRACUDA S.A.S.

Solicita la compañía mediante su escrito que se revoque la providencia del 30 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, al considerar que es contraria a la ley y que con la medida cautelar adoptada se causan mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; los cuales califica de ciertos e inminentes al interés público, y cuya gravedad es tal que en caso de un eventual fallo desfavorable al actor harían prácticamente imposible su cumplimiento.

Destaca, en línea con lo anterior, que la suspensión decretada debe ser levantada porque en relación con ella se observan las tres causales de oposición que establece la ley, a saber: (i) la necesidad de evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; (ii) la necesidad de evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público; y (iii) la necesidad de evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

⁵⁶ Folio 470 del Cuaderno Principal.

⁵⁷ Folio 350 del Cuaderno II.

El perjuicio al interés colectivo lo deriva de la “innegable y latente violación y transgresión al principio de legalidad”⁵⁸ que se desprende, a su juicio, de la decisión adoptada por el Tribunal; quien, afirma, “supone erróneamente y sin el más mínimo fundamento, que por la sola existencia de los títulos mineros de los demandados, dada su ubicación (áreas de influencia y cercanas a las cuencas de los ríos Combeima y Cocora), se va a producir una afectación al recurso hídrico de la región, presumiendo de esta forma el incumplimiento futuro e incierto de la ley”⁵⁹. Y añade que “el impacto que tendrá sobre los recursos hídricos un determinado proyecto minero, debe ser establecido con grado de certeza científica mediante los procedimientos y trámites preestablecidos en la ley y ante las autoridades ambientales competentes”⁶⁰. Por esto tacha de errada la aplicación del principio de precaución en el caso concreto, ya que este “presupone necesariamente que se adelanten los procedimientos y trámites que la ley ha previsto para determinar el impacto ambiental que tendrá un específico proyecto minero”⁶¹. Todo lo anterior, sin contar con que al adoptar la medida controvertida el Tribunal no solo desconoció los mecanismos previstos por la legislación minera para la protección del medio ambiente, sino que impuso al ejercicio de la minería el cumplimiento de un requisito no previsto por la ley (la licencia ambiental en fase de exploración) de imposible cumplimiento. Al obrar de este modo, apunta, termina por afectar de manera severa el desarrollo de una actividad declarada por la ley como de utilidad pública e interés social en todas sus ramas y fases (artículo 13 CM); la cual prevalece sobre otras actividades como la agricultura, la industria o la ganadería, por la sencilla razón que “las minas no se pueden explotar sino donde están”⁶².

De otro lado, la afectación del interés público radica, afirma, en “no verse con claridad en la providencia recurrida EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO, por parte del Tribunal”⁶³. En su criterio al atentar contra la legalidad la decisión adoptada choca no solo con el interés de los tolimenses sino además con el de todos los colombianos.

Por último, alega que la medida impuesta le ocasiona en su calidad de demandado perjuicios de tal gravedad que le resultaría eventualmente imposible

⁵⁸ Folio 485 del Cuaderno Principal.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Folio 486 del Cuaderno Principal.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Folio 491 del Cuaderno Principal.

cumplir un fallo desfavorable. Esto, porque la suspensión decretada impide seguir adelante con las labores de exploración indispensables para conocer la factibilidad o no de los proyectos, con lo cual se hace imposible obtener la licencia ambiental requerida por el Tribunal como condición para el levantamiento de la medida, pues su obtención presupone agotar la fase de exploración.

Considera el recurrente que la medida adoptada por el Tribunal trasgrede el principio de legalidad al desconocer el marco jurídico minero existente en Colombia.

Como en el recurso anterior, en el presente el recurrente también emprende la labor de exponer los diversos trámites obligatorios y controles para determinar y sancionar los impactos ambientales que pueda tener el desarrollo de un determinado proyecto minero, incluso desde los inicios del contrato mismo. Con esta finalidad menciona los artículos 4, 81 y 199 del Código de Minas y el artículo 84 de la Constitución Política.

Concluye el recurrente manifestando que la medida cautelar es “notoriamente contraria a la ley general y mayor aun (sic) a la Constitución Política, al crear y exigirles a los demandados un nuevo requisito (licencia ambiental) que únicamente es exigido para las etapas de Construcción (sic) y montaje y la de explotación y no para la de exploración, etapa esta última, en la que apenas se encuentra el título minero JAS-08221”⁶⁴.

4.3. Apelación adhesiva de ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.

Mediante escrito presentado el 31 de enero de 2013 la compañía ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. manifestó su adhesión a la apelación presentada por CONTINENTAL GOLD S.A. (hoy NEGOCIOS MINEROS S.A.) y ORO BARRACUDA S.A.S. contra el auto de 30 de septiembre de 2011 que decretó la medida cautelar solicitada por el demandante dentro de la presente acción. En su criterio la medida debe ser revocada por diferentes razones, que por ser reiteración de los argumentos ya expuestos por las otras partes demandadas solamente se enunciarán de manera sintética, así:

⁶⁴ Folio 489 Cuaderno Principal.

Alega que la providencia apelada desconoce la legislación ambiental aplicable al caso y que la sola existencia de los títulos mineros no se traduce *per se* en una afectación de los recursos naturales.

Califica la medida adoptada de “prematura e innecesaria”⁶⁵, puesto que presume afectaciones no comprobadas e impide que los mecanismos institucionales de control y defensa del ambiente previstos por la legislación minera operen.

Sostiene que el Tribunal desconoció la pluralidad de medidas idóneas para proteger del medio ambiente y el recurso hídrico que fueron estatuidas por la normatividad minera; y afirma que por esa causa estimó que no existían alternativas distintas a la suspensión de los títulos concedidos para lograr dicho fin.

Aduce que al exigir la obtención de una licencia ambiental en fase exploratoria la medida imposibilita el cumplimiento de los requisitos legalmente definidos para el desarrollo de una actividad legítima como es la exploración y la explotación minera y presume el incumplimiento futuro de dichas condiciones.

Sostiene que la medida decretada carece del sustento probatorio adecuado para tomar esta clase de decisiones tan restrictivas de los derechos de los particulares, ya que ni el informe técnico de CORTOLIMA puede ser tomado como una prueba idónea ni suficiente para acreditar la vulneración de los derechos colectivos en juego, ni hay tampoco evidencia de daños ciertos y actuales que justifiquen su adopción.

Indica que la suspensión de los títulos mineros no es adecuada para lograr el fin de protección del recurso hídrico que dice perseguir, toda vez que de ser así lo procedente habría sido prohibir la utilización del recurso y no el desarrollo de la actividad exploratoria que ha sido constitucional, legal y contractualmente autorizada; la cual, agrega, dado su contenido no necesariamente supone la utilización de recursos hídricos.

Valora como desproporcionada la medida adoptada, toda vez que, dice, se decretó sin tomar en consideración sus implicaciones sobre los intereses de los particulares afectados. Y precisa que al incidir negativamente sobre sus derechos

⁶⁵ Folio 354 del Cuaderno II.

al debido proceso, la propiedad, los derechos legítimamente adquiridos, la legalidad y la libertad de empresa, y hacerlo simplemente ante una supuesta amenaza que ni siquiera está comprobada, y más aún, frente a actividades que como las propias de la fase exploratoria “no tienen la potencialidad de afectar el medio ambiente”⁶⁶, la medida se revela carente de toda proporcionalidad. Una adecuada ponderación, ausente en la decisión cuestionada, habría revelado esta situación y puesto de relieve que la legislación ya ha previsto vías adecuadas de armonización de los intereses en conflicto, siendo suficiente respetarlas.

Manifiesta que la determinación impugnada no tiene carácter temporal o provisional porque está sujeta a una condición de imposible cumplimiento, como es la obtención de una licencia ambiental estando suspendidos los títulos mineros. Por esto, además de contradictoria e inválida por fijar una condición que no puede ser realizada, desconoce que las medidas cautelares deben, por definición, ser susceptibles de levantamiento.

Afirma que la suspensión decretada genera mayores perjuicios al interés general que se pretende proteger, además de afectar de forma grave otros bienes jurídicos colectivos de igual importancia. Esto, por cuanto desconoce frontalmente el bloque de legalidad minera y el carácter de utilidad pública e interés social de la actividad minera.

Expresa que al impedir el desarrollo de la actividad que constituye su objeto social y para la cual fue autorizada por un contrato de concesión la medida cautelar decretada genera graves perjuicios en cabeza de sus destinatarios, de tal magnitud que hacen prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable a la parte demandada.

Reprocha que la suspensión decretada adelanta íntegramente el contenido del fallo de condena, con lo cual se desconoce otra de las características esenciales de las medidas cautelares. En su criterio si se tiene en cuenta el alcance concreto de lo ordenado, que impide ejecutar la fase de exploración, “se concluye que la medida cautelar contiene por adelantado la condena que podría imponerse en este proceso, pues es evidente que ante la imposibilidad de poder obtener la licencia ambiental a la cual se sujetó la temporalidad de la medida cautelar, los demandados no podrán jamás gozar de los derechos que le otorgaron sus

⁶⁶ Folio 371 del Cuaderno II.

respectivos contratos de concesión, situación que equivale a extinguir tales derechos, tal y como se solicitó en la demanda a título de pretensión”⁶⁷.

Plantea de manera subsidiaria que en caso de no revocar la medida se disponga que los portadores de los títulos mineros suspendidos podrán realizar las labores de exploración necesarias para obtener toda la información requerida para solicitar y obtener la correspondiente licencia ambiental⁶⁸.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concurrieron al proceso y presentaron alegaciones de conclusión en esta fase del proceso la ANLA⁶⁹ y ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.⁷⁰. La primera de estas partes, en un pronunciamiento más propio de la fase de alegaciones previa a sentencia que de la apelación de una medida cautelar, reiteró en lo esencial los fundamentos de las excepciones propuestas en la contestación y solicitó su exculpación por los hechos debatidos. La segunda, en línea con los argumentos largamente expuestos en lo que va corrido del proceso, se centró en acreditar que en el caso bajo análisis no hay prueba de una vulneración actual o inminente a los derechos colectivos invocados, en la errónea aplicación del principio de precaución por la falta de evidencia científica de los riesgos potenciales que presuntamente se asumen con la actividad minera y en el supuesto desconocimiento del marco constitucional y legal vigente por parte del Tribunal Administrativo del Tolima. Por este motivo solicitó la revocación de la medida cautelar decretada.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por medio de escrito radicado el día 21 de agosto de 2013 el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en el asunto de la referencia⁷¹ en el que pide solicita revocar la medida cautelar decretada “toda vez que en este momento procesal no existe la certeza de que los contratos de concesión cuya suspensión se ordenó por el Tribunal generen un daño o amenaza inminente”⁷².

⁶⁷ Folio 377 del Cuaderno II.

⁶⁸ Folio 373 del Cuaderno II.

⁶⁹ Folios 494-495 del Cuaderno II.

⁷⁰ Folios 498-522 del Cuaderno II.

⁷¹ Folios 461-467 del Cuaderno II.

⁷² Folio 470 del Cuaderno II.

En su criterio, “[l]a minería es invasiva del medio ambiente, pero no por ello puede afirmarse que necesariamente cualquier acción afectará el recurso hídrico de su zona de influencia, pues para arribar a esa conclusión debe contarse con los documentos técnicos **en cada caso en particular** que lleven a concluir cuál es la afectación y si se mitiga o no, lo cual no obra en el presente caso”⁷³.

Aduce que en casos como el que se estudia la protección del recurso hídrico “debe estar determinado (sic) por las medidas y acciones que el ordenamiento jurídico prevé para el desarrollo de la actividad minera, sin que, en concepto del Ministerio Público, pueda válida y razonablemente suspender los títulos mineros (contratos de concesión), sin que previamente se establezca que aquellas no se cumplen o que pese a las mismas no se protegen los derechos colectivos y los recursos naturales”⁷⁴.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, la Sala es competente para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación contra el auto del 30 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo del Tolima, que decretó como medida previa la suspensión inmediata de los contratos de concesión contentivos de los títulos mineros otorgados en el área de influencia de la cuenca del río Coello, confirmada por el Tribunal de origen en providencia del 19 de noviembre de 2012, que resolvió el recurso de reposición interpuesto.

2. Problema jurídico.

Tal como se refleja en los antecedentes expuestos, la Sala debe determinar si la medida previa decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima resulta procedente como forma de evitar un daño inminente al recurso hídrico de la cuenca del río Coello, a la vida de los habitantes de la región afectada y a intereses colectivos como la protección de los ecosistemas, la salubridad pública y la calidad de vida de los pobladores de esta zona, o ella debe ser revocada

⁷³ Folio 472 del Cuaderno II.

⁷⁴ Folio 473 del Cuaderno II.

porque, como lo señalan los recurrentes, además de carecer de fundamento probatorio sólido y de imponer una condición de imposible cumplimiento, que anticipa el sentido del fallo y desborda el ámbito de lo cautelar, ignora la legalidad de los contratos celebrados y la inocuidad ambiental de la actividad exploratoria que se viene desarrollando, desconoce las vías legales establecidas para la protección de estos mismos intereses colectivos y sacrifica de manera desproporcionada el ejercicio de una actividad que, como la minería, no solo es legal sino que además posee la connotación de utilidad pública e interés social.

3. Análisis del asunto.

En orden a resolver las cuestiones planteadas en el apartado anterior, la Sala estima pertinente efectuar (3.1) algunas consideraciones generales sobre la acción popular, así como sobre (3.2) la trascendencia de las medidas previas dentro del régimen jurídico de esta clase de acciones constitucionales en tanto formas anticipadas de proteger los derechos colectivos. Vistos estos aspectos generales del *sub judice* se pasará a examinar las cuestiones de fondo que plantea. Con esta finalidad en primer lugar se hará alusión (3.3) al principio de precaución; enseguida se estudiará lo atinente a (3.4) la medida previa adoptada y su sustento probatorio. Por último se examinará (3.5) si la medida decretada se ajusta o no a las exigencias del principio de precaución establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación. Estas consideraciones darán la pauta para (4) resolver el caso concreto.

3.1. Generalidades de la acción popular.

El artículo 2 inciso segundo de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que 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. Se trata, según lo dispuesto por esta Ley, de **medios procesales de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio**, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos amparados por el ordenamiento jurídico⁷⁵. Su objeto, entonces, no es otro que la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han

⁷⁵ Vid. artículos 2 y 9 de la Ley 472.

reconocido de manera indivisible y global a la comunidad en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, en tanto que presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar la Norma Fundamental, frente a situaciones capaces de originar daños actuales o contingentes en los bienes jurídicos colectivos.

Según ha señalado la jurisprudencia administrativa en reiteradas oportunidades, la prosperidad de la acción popular depende de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para la que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada.

3.2. Las medidas previas en las acciones populares.

En armonía con la importancia que la Constitución ha otorgado a los derechos colectivos susceptibles de amparo por vía de acción popular, de conformidad con la encomienda de protección efectuada por el artículo 89 constitucional, la ley 472 confirió especial relevancia a la **protección anticipada o cautelar** en esta materia. Así, en orden a reforzar la garantía jurisdiccional de estos derechos, el legislador definió un robusto sistema de salvaguarda previa, que busca dotar al juez de los poderes suficientes para asegurar una mayor y más eficaz tutela judicial efectiva. Con esta finalidad, y a la vista de los consabidos problemas de congestión y mora judicial que asedian al aparato judicial en Colombia, la ley autoriza al juez constitucional la adopción de medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias adecuadas para encarar los problemas que se le presentan sin que deba esperar para ello al momento de la decisión final. Puede adoptarlas antes, cuando quiera que cuente con elementos de juicio suficientes para fundamentar la convicción que está frente a una amenaza o una afectación tal del derecho que aguardar hasta el fallo supondría asumir el riesgo de configuración de un daño o afectación irreversible a los intereses litigados

(*periculum in mora*) y a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada (*fumus boni iuris*)⁷⁶.

Lo anterior, por cuanto, como ha sido señalado por esta Corporación, “acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo. // Entonces, el objetivo pretendido con las medidas previas, es el de evitar que el daño se concrete o que de estarse produciendo, no se prolongue por un término mayor”⁷⁷.

La facultad de adoptar estas medidas se encuentra regulada tanto en el inciso 3° del artículo 17, como en los artículos 25 y 26 de la ley 472 de 1998. En la primera de estas disposiciones, en aras de garantizar la efectividad de los derechos colectivos (artículo 2° de la Constitución) y como desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución) se reconoce al juez de acción popular “la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos”. El núcleo de esta regulación se encuentra en los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, en los cuales se prevé lo siguiente:

“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;*

⁷⁶ En este sentido, véase, de esta Sección, los autos de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala; y de 12 de noviembre de 2015, Rad. No. 15001 23 31 000 2012 00122 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, Rad. No. 08001-23-31-000-2005-03595-01(AP). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

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

Parágrafo 2°.- 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.

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 causales demostrarlas”.

Teniendo en cuenta estas disposiciones esta Sala ha señalado que el decreto de una medida previa en un juicio de acción popular está sujeto a los siguientes presupuestos de procedencia:

“a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y

c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido”⁷⁸. (negrillas fuera de texto)

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 6 de febrero de 2014. Rad. 2013-00941. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

En este orden de ideas, se tiene que el régimen de protección anticipada establecido por el legislador en materia de acciones populares presenta las siguientes características:

- i) **Flexibilidad en cuanto a la oportunidad** para su adopción, toda vez que pueden ser decretadas antes de la notificación de la demanda o en cualquier estado del proceso.
- ii) **Apertura en cuanto a la iniciativa** para su decreto, ya que pueden ser adoptadas de oficio o a petición de parte.
- iii) **No taxatividad**, en tanto que se habilita a la autoridad judicial para adoptar las medidas que estime pertinentes y necesarias para proteger los derechos colectivos y se enmarquen en el bloque de legalidad que rige las decisiones del juez constitucional.
- iv) **Cualificación del supuesto habilitante**, puesto que se exige prevenir un daño inminente o hacer cesar el ya causado, como forma de impedir la producción de perjuicios irremediables e irreparables.
- v) Encerrar **órdenes de cumplimiento inmediato**.
- vi) Las medidas así adoptadas son **susceptibles de impugnación** vía recursos de reposición y de apelación.
- vii) Los **recursos** se conceden **en efecto devolutivo**, por lo cual su interposición no suspende el cumplimiento de la medida ni el curso del proceso.
- viii) **Oposición por razones legalmente establecidas**, pues en atención a la trascendencia de la protección previa y como forma de evitar recursos infundados el legislador reguló en el artículo 26 de la ley 472 los motivos en los cuales necesariamente debe fundarse la impugnación de las medidas decretadas.

De este modo, se tiene que además de regular lo relativo a la oportunidad, la iniciativa, el tipo de medidas por adoptar, sus fundamentos, los efectos y los recursos que proceden en su contra, la ley 472 de 1998 revistió al Juez de acción popular de notables poderes para salvaguardar los derechos colectivos y garantizar su efectividad frente a daños actuales o contingentes mediante la facultad de adoptar antes del fallo las medidas previas que estime pertinentes siempre que ellas resulten necesarias para evitar afectaciones irreversibles a estos bienes jurídicos superiores (*periculum in mora*) y respondan a una reclamación lo suficientemente seria y fundada en un mínimo soporte probatorio

cuyo análisis preliminar brinde sustento adecuado a las órdenes anticipadas que se van a impartir a quien aún no ha sido vencido en juicio (*fumus boni iuris*).

Por esta vía, observa la Sala que al tiempo que se reconoce al juez poderes suficientes para cumplir su misión constitucional de resguardar la efectividad de estos derechos, se le fijan límites claros que apuntan tanto a precaver la arbitrariedad judicial, asegurando la legalidad, proporcionalidad y congruencia de la medida, como a amparar el equilibrio procesal que en virtud de la garantía del debido proceso debe presidir la toma de una decisión anterior a la sentencia que pondrá fin a la causa. Estas consideraciones deberán servir de marco general para la toma de la decisión de la controversia que se examina.

3.3. El principio de precaución como sustento de medidas previas orientadas a la protección de derechos colectivos y su especial relevancia en materia ambiental.

A la vista del panorama ambivalente e incierto que enfrentan las sociedades actuales a causa del desarrollo de actividades científicas y tecnológicas indispensables para mantener su ritmo de vida en condiciones cada vez más adversas (por la escases de recursos, por los riesgos que se generan, por la oposición de muchos grupos, etc.), el principio de precaución es a día de hoy uno de los pilares centrales del Derecho Ambiental nacional e internacional. Caracterizadas por sus notables beneficios sociales y económicos, pero también por la seriedad de las amenazas que representan y la complejidad e incertidumbre de los riesgos que implican (*v. gr.* la industria química, farmacéutica, alimentaria, biotecnológica, energética, etc.), estas actividades plantean al Estado y al conjunto de la sociedad distintas incógnitas y retos en relación a dónde trazar la línea de lo que se puede permitir al sector productivo en aras del crecimiento económico y el progreso, por un lado, pero también de la seguridad y la conservación de la salud y los recursos naturales, de otro. En definitiva, un debate complejo y de alta carga política, que se agrava con la falta de certezas y de consensos en la sociedad y al interior de la ciencia misma en torno al posible alcance de los efectos e impactos de varias de estas actividades.

Pese a tener otros antecedentes⁷⁹, es quizás la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, el documento que encierra su formulación más célebre y extendida. De acuerdo con lo expresado en el Principio 15 de esta Declaración:

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

Esta declaración, reforzada por lo previsto por el artículo 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático⁸⁰ y el Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁸¹ del mismo año (posteriormente incorporadas a nuestro ordenamiento por las leyes 164 y 165 de 1994 respectivamente), serviría de base para su positivización e introducción formal en el sistema jurídico nacional por el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de 1993 (en adelante Ley de Medio Ambiente o LMA). De acuerdo con esta disposición, que define los principios generales de la política ambiental nacional:

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

⁷⁹ Una completa reconstrucción de los antecedentes de este principio, en la sentencia del 28 de marzo de 2014, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁸⁰ **Artículo 3. Principios.** Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

(...)

3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no deberá utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas. (subrayado fuera de texto)

⁸¹ Según la novena consideración del Preámbulo de este instrumento, su suscripción se hace teniendo en cuenta “que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

Pese a no figurar expresamente en el texto constitucional, el principio de precaución forma parte esencial de la Constitución Ecológica y como tal debe vertebrar las decisiones que adoptan en esta materia las autoridades pertenecientes a las distintas ramas del poder público. Ciertamente, al consagrar el artículo 79 de la Constitución el derecho de todos a gozar de un medio ambiente sano y proclamar el artículo 80 tanto el principio de desarrollo sostenible como la responsabilidad estatal de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”, no cabe duda que el Constituyente estableció claros mandatos de protección, control y prevención de la degradación del ambiente, que además de imponer una significativa responsabilidad al Estado en este frente, fundamentan con solidez su rango de principio constitucional⁸².

De acuerdo con la comprensión general de este principio, habilita a que en supuestos de amenaza de daños graves e irreversibles a los ecosistemas y recursos naturales, a la salud de las personas o a la seguridad de los consumidores, las autoridades actúen y adopten medidas (positivas o negativas) enderezadas a evitarlos, aun cuando no se tenga certeza científica sobre las causas o alcance de estos riesgos y aunque las decisiones que así se adopten resulten restrictivas de libertades individuales. Esto, como respuesta a la limitada eficacia que ofrecen en este ámbito los medios tradicionales con que la Administración enfrenta su responsabilidad por la conservación del orden público, cuya lógica se edifica ordinariamente en la previsión y evitación de acontecimientos cognosibles, anticipables y jurídicamente reglados (es el caso de las alteraciones habituales a la seguridad, salubridad, moralidad o tranquilidad públicas a las que se hace frente con los instrumentos típicos del Derecho de Policía) y el reproche a quienes desconocen dicha reglamentación (potestad administrativa sancionatoria). Fórmulas que, como ha expresado la doctrina, pretenden “evitar y rechazar peligros que pudieran alterar el orden público”⁸³, que en no pocas oportunidades se ven desbordadas por la complejidad de riesgos científicos o tecnológicos legítimamente desarrollados y socialmente deseados, pero cuyas peores consecuencias podrían resultar social y ambientalmente nefastas.

⁸² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. También, de la Sala Plena de esta Corporación, la sentencia del 5 de noviembre de 2013. Rad. No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso. De esta misma Sala de Decisión, puede verse, también, el auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸³ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 356.

Ciertamente, dada la complejidad e incertidumbre característica de los denominados riesgos del desarrollo las autoridades se enfrentan a situaciones en relación con las cuales el potencial de daño de un producto, proceso o actividad, al igual que el alcance de dicho riesgo (sobre quién actuará, cuándo, con qué impacto, en qué circunstancias, etc.), son cuestiones indefinidas. Por esta causa su gestión no es susceptible de ser abordada con la lógica que informa las medidas clásicas de policía; porque es posible que ni siquiera exista acuerdo en la ciencia sobre la peligrosidad de una determinada actividad o producto, o que por su dificultad y especialidad no exista regulación jurídica alguna en la que expresamente se advierta sobre dicha amenaza. La encendida polémica sobre los riesgos de los alimentos y productos transgénicos y las severas limitaciones que afrontan los Estados para regular y gestionar esta materia y las amenazas que entraña es la mejor evidencia de lo anterior. Además, mientras que los peligros que preocupan a la policía administrativa en su versión tradicional pueden ser controlados y suprimidos (episodios de inseguridad, riñas o escándalos en la vía pública, utilización indebida de bienes públicos, indebida disposición de los residuos, animales callejeros, etc.), dado el estado actual de desarrollo de nuestra sociedad “no es posible un estado de ausencia de riesgo, de no riesgo”⁸⁴. Tenemos entonces que convivir con el riesgo.

Ahora bien, que esta realidad determine una situación en la que no resulta procedente exigir a las autoridades la anulación o exclusión de todo riesgo, y que éstas deban cumplir su misión de defensa de intereses colectivos como el medio ambiente, la salubridad o la seguridad pública en condiciones de especialidad, complejidad e incertidumbre cualificadas que dificultan su cumplimiento, no las releva en absoluto de sus responsabilidades en estas materias. De aquí que **la falta de acuerdo científico sobre la peligrosidad de una actividad, producto o procedimiento no pueda ser una barrera para la intervención estatal**. Y de aquí también que el principio de precaución se haya erigido en una de las herramientas fundamentales para la regulación de actividades generadoras de esta clase de riesgos.

Su objetivo, según ha explicado la jurisprudencia de esta Sala, es “propiciar que las autoridades puedan cumplir su misión de defensa de intereses colectivos como el medio ambiente, la salubridad o la seguridad pública en condiciones de

⁸⁴ *Ídem*, p. 359.

especialidad, complejidad e incertidumbre cualificadas, que aun cuando dificultan su cumplimiento no las relevan de sus responsabilidades en estas materias”⁸⁵. Esto, toda vez que en virtud de este principio “cuando exista peligro o riesgo de causar un daño grave o irreversible en materia de medio ambiente, se deben tomar medidas tendientes a evitarlo aún si no se tiene certeza científica de su ocurrencia”⁸⁶. La incertidumbre, en suma, no puede servir de excusa para la inacción frente a riesgos de daños graves e irreversibles soportados en evidencias adecuadas.

Estos desarrollos han servido de base para expresar que “el principio de precaución se afirma progresivamente como una regla de aplicación directa y autónoma en lo referente a las decisiones que deban adoptar las autoridades públicas en un contexto de incertidumbre científica y las decisiones judiciales han contribuido a afirmar la eficacia de este principio”⁸⁷.

De conformidad con lo anterior, constata la Sala que la aplicación de este principio tiene lugar en el marco de la **gestión de riesgos caracterizados por su complejidad e incertidumbre**. De aquí que no apunte a legitimar cualquier clase de intervención pública ante cualquier clase de riesgo o peligro. Su reconocimiento tiene como finalidad específica sobreponerse al obstáculo que la complejidad y la **falta de certeza científica** respecto de los efectos nocivos de un determinado producto, proceso o tecnología y sus extremos (cuándo, dónde, cómo, sobre quién se concreta, con qué efectos y por cuánto tiempo) puede suponer para la toma de decisiones restrictivas de derechos o libertades individuales por parte de las autoridades, a tiempo para hacerles frente de manera apropiada. De lo que se trata, entonces, como se deriva de su formulación por la Declaración de Río y por el numeral 6º del artículo 1 de la LMA, es de **evitar que la oscuridad reinante en relación con los riesgos que conllevan determinadas actividades desarrolladas en el ámbito de la ciencia, la técnica y la tecnología impidan la toma de decisiones oportunas para amparar bienes jurídicos como el medio ambiente, la salud de las personas o la seguridad de los consumidores**. El principio de precaución es, entonces, una garantía para la conservación de niveles

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de marzo de 2014, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

adecuados de protección de estos bienes jurídicos colectivos mediante la adopción de decisiones preventivas en casos de riesgos no establecidos con total certeza científica y, por lo tanto, un elemento esencial para la materialización del Estado social de derecho y sus fines.

Habida consideración de los notables avances experimentados por la humanidad en materia científica y tecnológica en el curso del último siglo y del incomparable poder de afectación y destrucción de la vida y el entorno de sus desarrollos actuales, resulta imperioso admitir que no obstante ser mayores las amenazas que suscitan sus progresos son cada vez menores las certezas que ofrece la ciencia en cuanto a los riesgos que éstos comportan. Corolario de lo anterior es la necesidad de asumir como un postulado propio de la denominada sociedad del riesgo que **la acción del Estado en defensa de los intereses colectivos no puede estar siempre supeditada a la plena demostración de los peligros que conlleva una determinada actividad, producto o tecnología**. Si bien en otra época la acción estatal restrictiva de la libertad económica y de las facultades de los propietarios debía obedecer a razones probadas de amenaza cierta al interés general, en la actualidad la falta de certeza científica y la subsecuente imposibilidad de cuantificar o anticipar con total certidumbre los efectos nocivos de un determinado proceso o bien respecto del cual existe evidencia de su potencial peligrosidad no puede tornarse en una talanquera para que las autoridades emprendan las actuaciones que la Constitución, la ley y el Derecho Internacional esperan de ellas en pro de la defensa del ambiente, los recursos naturales o la seguridad y salud de la comunidad.

Ahora bien, en tanto criterio orientador y parámetro habilitante para la gestión de riesgos en situaciones de incertidumbre cualificada, el principio de precaución reviste a las autoridades responsables de estas decisiones de una amplia discrecionalidad para determinar qué medidas concretas adoptar en cada caso. Ello dependerá, en lo fundamental, del nivel de riesgo advertido y de las evidencias que sustentan el temor de sufrir un daño grave e irreversible. Así, si el riesgo es considerado elevado y la amenaza de daño justifica una intervención estatal intensa se pueden tomar medidas como una regulación que condicione la realización de las actividades riesgosas a una autorización previa o que restrinja su desarrollo de manera temporal (suspensión) o definitiva (prohibición). Si en cambio la evaluación del riesgo no es especialmente grave o las evidencias que se tienen de su peligrosidad no son lo suficientemente sólidas para justificar la

restricción de la actividad que lo origina, pero hay dudas sobre la inocuidad del producto o proceso, se pueden adoptar medidas menos incisivas como financiar programas de investigación sobre la materia, obligar a que se ofrezca al público una determinada información o limitar los canales de comercialización o venta del bien⁸⁸.

Ahora bien, aun cuando está llamado a operar en supuestos de riesgos potenciales o inciertos (dada la falta de certeza científica respecto a cuándo, cómo, dónde, en quién o de qué manera se manifestarán los riesgos advertidos), **el principio de precaución de ningún modo puede dar lugar a determinaciones arbitrarias**. Por ende, como ha sido recientemente recordado por esta Sala de Decisión:

*Como cualquier decisión pública en un Estado de Derecho, las medidas que se adopten en el marco de este principio deben ser razonables y proporcionadas, y deben contar con un sustento mínimo que impida la adopción de resoluciones caprichosas o injustificadas. Por esto, pese a que su aplicación tiene lugar allí donde no existe certeza científica en relación con los riesgos que comporta el desarrollo de una actividad, motivo por el cual no resulta viable exigir seguridad absoluta o pruebas científicas categóricas o concluyentes sobre el daño que se busca evitar, **el principio de precaución no exime de la carga de la prueba ni habilita a que se adopten decisiones con base en simples hipótesis, supersticiones, prejuicios o conjeturas**. La razonabilidad y proporcionalidad de la medida depende, en lo fundamental, de que exista **un principio de prueba que haga verosímil el riesgo detectado y ofrezca una base mínima suficiente para fundamentar racionalmente una medida restrictiva de las libertades individuales**⁸⁹.*

Por este motivo, en aras de evitar la toma de decisiones ligeras, apresuradas, injustificadas o caprichosas, que afecten o restrinjan de manera irrazonable y carente de un fundamento adecuado las libertades individuales o derechos como la propiedad privada, las medidas adoptadas con base en el principio de precaución deben contar con **un sustento objetivo mínimo**; el cual, aun cuando distará forzosamente de la certeza absoluta que habitualmente se exigiría para soportar medidas restrictivas de esa clase (no se puede perder de vista que la aplicación de este principio presupone un escenario de incertidumbre científica y de complejidad técnica elevada), deberá responder a

⁸⁸ La pertinencia y legitimidad de esta clase de medidas, más blandas, se puede apreciar en el fallo emitido por esta Sala de Decisión con ocasión de los riesgos leves para un sector de la población identificados en las bebidas energizantes. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de mayo de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 **2010 00609 01**(AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

ciertas condiciones que aseguren su legitimidad y, en últimas, garanticen su engaste con y respeto por garantías mínimas del principio de Estado de Derecho.

En esta línea de pensamiento, esta Sala de Decisión, en relación con los requisitos que debe atender el Juez Constitucional de acción popular al definir sobre la procedencia de una medida previa amparada en el citado principio de precaución, ha subrayado que:

Valorar la legitimidad de una medida cautelar adoptada en virtud del principio de precaución supondría determinar el riesgo de configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados (periculum in mora) y la seriedad y visos de prosperidad de la reclamación (fumus boni iuris).

*Puesto que nos encontramos en un ámbito presidido de una incertidumbre notable, que impide reclamar plena certeza científica sobre los daños que pueden sufrir los ecosistemas que integran el Caño San Miguel como consecuencia del desarrollo de la actividad para la cual le fuera otorgada la correspondiente licencia ambiental a la empresa PAREX, en cuanto al primer aspecto, la Sala estima pertinente **valorar la seriedad de la amenaza** que representa dicha actividad para este entorno concreto y sus recursos naturales. En últimas, como se mencionó al inicio de estas consideraciones, los juicios de acción popular y las medidas previas que se pueden decretar en su curso no solo tienen una finalidad correctiva, reparatoria o restitutoria; tienen también, y especialmente, un claro carácter preventivo. Por ende, “no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran”⁹⁰. De aquí que la sola amenaza de afectación grave e irreversible a bienes colectivos reconocidos por el ordenamiento jurídico pueda ser suficiente para que se adopten las medidas que se estimen pertinentes para evitar su afectación o menoscabo⁹¹.*

Ahora bien, la adopción de esta clase de medidas presupone no solo una decisión adecuada para lograr el fin propuesto, sino también la prueba objetiva de una amenaza de daño grave e irreparable al ambiente y la motivación de la decisión con base en dicho fundamento. Así, aun cuando plenamente vinculado por el principio de precaución y comprometido con la defensa de los derechos colectivos ambientales, el

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999.

⁹¹ No en vano señala el artículo 17 de la ley 472 de 1998 que “el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o *suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos*” (cursivas fuera de texto). En esta misma línea dispone el artículo 25 de esta ley que “[a]ntes 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” (cursivas fuera de texto). Y en igual sentido prevé el literal a) del artículo 25 del mismo estatuto que la autoridad judicial competente está facultada para “[o]rdenar la inmediata cesación de las actividades *que puedan originar el daño*, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando” (cursivas fuera de texto).

Juez de acción popular no puede obrar de manera caprichosa, apresurada ni a la ligera. Lo previsto al respecto por el artículo 25 de la ley 472 excluye tal posibilidad e impone al juez la carga de la motivación racional y suficiente de las medidas previas que adopte. Como cualquier otra decisión judicial, también el decreto de medidas cautelares ha de basarse en un mínimo de pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso que sirvan de fundamento a la determinación que se adopta, pues se encuentra excluido el proceder subjetivo, peligrosista o intuitivo del operador judicial. Dada la magnitud de sus poderes cautelares, éste debe ser cuidadoso con la valoración del material de convicción que allegan las partes y proactivo en la consecución de las evidencias que le permitan superar las deficiencias probatorias de los sujetos procesales con miras a fundamentar de manera adecuada las decisiones que juzga conveniente adoptar en aras de la protección de los derechos colectivos cuyo amparo se solicita. No por otra causa el legislador, además de establecer la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante (artículo 30 de la ley 472 de 1998), ha reconocido al Juez Constitucional Popular amplios poderes de oficio en materia probatoria⁹². Adoptar medidas antes del fallo definitivo sin contar con un respaldo probatorio adecuado y sin una motivación suficiente atentaría contra el derecho fundamental debido proceso de la parte demandada.

*De aquí que, en síntesis, las medidas anticipadas apoyadas en el principio de precaución deben: (i) contar con **un mínimo de evidencias** que permitan acreditar de manera objetiva y razonable que se está ante el peligro de daño grave e irreversible de un determinado ecosistema o recurso, (ii) **resultar adecuadas** para impedir que dicha afectación se concrete y (iii) tener **una motivación completa**, en la que se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada. No se trata, naturalmente, de pedir certeza absoluta sobre lo primero; simplemente de evitar la arbitrariedad de la autoridad y de respetar la garantía del debido proceso de la parte demandada mediante la imposición de la exigencia de adecuación de la medida y de motivación de la decisión como límites a la discrecionalidad judicial que reconoce el ordenamiento jurídico en estos eventos⁹³.*

Con todo, habida consideración de la perspectiva parcial que ofrece el test de adecuación planteado en el auto citado, en el que la Sala revocó una medida

⁹² En efecto, aun cuando el artículo 30 de la ley 472 de 1998 establece que en estas acciones “[l]a carga de la prueba corresponderá al demandante”, la misma disposición previene que “si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”. Y agrega este precepto que “[e]n el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”. Tales poderes oficiosos para el decreto de pruebas son reforzados por los incisos 2º y 3º del artículo 28 de esta misma ley, de acuerdo con los cuales: “El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadística provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad. // También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez”.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

cautelar por ausencia del mínimo de soporte probatorio requerido, sin que fuera entonces necesario realizar un examen de fondo de la medida allí valorada, se estima ahora procedente escalar el grado de control sobre estas decisiones y adoptar el más completo **test de proporcionalidad**, en orden a aumentar la racionalidad de las determinaciones cautelares que adoptan en esta sede y la guardia de la seguridad jurídica. En últimas, no puede la Sala dejar de lado que se está evaluando una medida que pone en entredicho la eficacia de contratos de concesión minera celebrados con arreglo a la ley; circunstancia que si bien no priva al Juez de Acción Popular de sus compromisos con la efectividad de los derechos colectivos amparados por la Constitución y la ley, obliga a efectuar un análisis exigente de las resoluciones que adoptan los jueces populares en ejercicio de sus poderes cautelares.

En consecuencia, retomando la línea sentada en la providencia citada, y resaltando ahora que el criterio de adecuación de la medida allí expuesto debe verse complementado y reforzado por el más acabado análisis que ofrece **el test de proporcionalidad** (que adiciona a la valoración de su adecuación el examen de su necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), concluye la Sala que el legítimo decreto de una medida previa apoyada en el principio de precaución presupone: (i) contar con **un mínimo de evidencias** que **acredite de manera objetiva y razonable** que se está ante **el peligro de daño grave e irreversible** de un determinado ecosistema o recurso; (ii) la adopción de **una medida adecuada, necesaria y ponderada, es decir, proporcional**, para impedir que dicha afectación se concrete; y (iii) **una motivación completa**, en la que se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada. Esto, porque aun cuando no resulta legítimo exigir en estos eventos una prueba irrefutable del riesgo o de su imputabilidad a una determinada actividad, si procede exigir el cumplimiento de estas condiciones mínimas. De una u otra manera los diferentes reproches formulados por las partes demandadas a la medida decretada remiten al incumplimiento de alguno de estos requerimientos. Por esto corresponde a la Sala valorar su observancia en el caso concreto, labor que se efectuará en el apartado 3.5 de esta providencia.

3.4. La medida previa adoptada y su fundamento.

De conformidad con el auto de 30 de septiembre de 2011⁹⁴, para el Tribunal Administrativo del Tolima resulta procedente “la suspensión inmediata de los contratos de concesión contentivos de los títulos mineros GEB-10N, GLN-093, GLN-094, GLN-095, ELJ-113, HB7-086, JB6-15011, HEG-153, JB6-14541, HHV-08231, JB6-14521, JB5-15421, JB5-15401, HEG-154, GLT-081, CG3-145, EKQ-102 y FEE121, HEM-095, HEM-096, HEM-09414X y HEM-09413X, BIJ-151, HEB-166, JAS-08221”⁹⁵ por considerar que los documentos allegados al proceso por el actor y el informe solicitado a CORTOLIMA evidencian un riesgo inminente para la vida humana, la supervivencia y el desarrollo presente y futuro de la población de Ibagué y los demás habitantes de la cuenca mayor del río Coello. Y sostiene que esta decisión se debe mantener “hasta tanto se cuente con la licencia ambiental proferida por la Corporación Autónoma del Tolima, entidad que, en todo caso antes de concederla, (en caso que ello pueda ser posible), deberá, además de exigir los requisitos señalados en la ley para este tipo de actividades, presentar un estudio técnico debidamente documentado en el cual se garantice que tales actividades mineras no afectarán los ecosistemas y las fuentes hídricas (...) o que las afectaciones que se presenten serían mínimas y mitigables a corto tiempo”⁹⁶.

Esta determinación se fundamentó, entre otras, en las siguientes evidencias que figuran en el proceso:

- Copia de la Resolución No. 1765 del 20 de abril de 2011 de CORTOLIMA⁹⁷, mediante la cual se declaró el agotamiento del recurso hídrico superficial que discurre por el área de influencia de la cuenca mayor del río Coello; siendo esta una determinación de la autoridad ambiental basada en razones técnicas como el índice de escasez del recurso, la curva de permanencia o duración de los caudales y el efecto sobre la cuenca hidrográfica del cambio climático, que ordenó priorizar el seguimiento a las concesiones de agua otorgadas en la cuenca y que encendió las alertas de la comunidad respecto a la delicada situación del agua en la región.
- Copia del Acuerdo No. 11 del 5 de agosto de 2003 de CORTOLIMA⁹⁸, “Por el cual se declaran en ordenación las cuencas hidrográficas no compartidas en el

⁹⁴ Folios 160-180 del Cuaderno Principal.

⁹⁵ Folio 179 del Cuaderno Principal.

⁹⁶ Folio 176 del Cuaderno Principal.

⁹⁷ Folios 3-10 del Cuaderno Principal.

⁹⁸ Folios 11-17 del Cuaderno Principal.

área de la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA”, en el que se prioriza en primer lugar la cuenca mayor del río Coello.

- Copia del documento CONPES 3570 de 2009⁹⁹, “Estrategias de mitigación del riesgo en la cuenca del Río Combeima para garantizar el abastecimiento de agua de la ciudad de Ibagué”; en el que, entre otros asuntos abordados, se destaca la importancia de los servicios ambientales que presta la cuenca del río Combeima (parte de la cuenca mayor del río Coello), al que califica de ecosistema estratégico “al proveer el 80% del agua para el acueducto de Ibagué y por generar una importante oferta hídrica para el desarrollo de las diferentes actividades productivas de la región”¹⁰⁰, y hace un diagnóstico de la delicada situación ambiental de este ecosistema.

Respecto a esto último se advierte en el documento que la cuenca del río Combeima “presenta escenarios críticos por la ocurrencia de fenómenos naturales como inundaciones, avalanchas, deslizamientos y represamientos, asociados al régimen hidroclimatológico, al material litológico aflorante (detritos de pendiente), a las altas pendientes y a procesos de desequilibrio adicional resultado de la intervención humana”¹⁰¹. Estos fenómenos, agrega el documento, “repercuten profundamente en los procesos de degradación y desequilibrio de los ecosistemas y se constituyen en uno de los mayores riesgos de pérdida para la infraestructura física y social, amenazando la captación y almacenamiento de agua potable de Ibagué (bocatomas, conducciones y tanques de almacenamiento), infraestructura vial, escuelas y asentamientos en las áreas de amenaza de la cuenca”¹⁰².

Frente a esta problemática, el documento CONPES plantea como objetivo “[d]iseñar una estrategia orientada a la disminución de la vulnerabilidad física del sistema de abastecimiento de agua para la ciudad de Ibagué, que incorpore acciones para el manejo sostenible y seguro de la cuenca del río Combeima, mediante la coordinación interinstitucional de las entidades nacionales, regionales y locales con la finalidad de prevenir y mitigar los riesgos por la ocurrencia de fenómenos naturales en la cuenca, y acorde con las acciones de recuperación y conservación previstas en el Plan de

⁹⁹ Folios 18-69 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁰ Folio 31 del Cuaderno Principal.

¹⁰¹ Folio 24 del Cuaderno Principal.

¹⁰² Idem.

Ordenamiento y Manejo Ambiental de la Cuenca del Río Combeima”¹⁰³. Y destaca como labores a realizar dentro del componente “Reducción del riesgo” de la estrategia para la gestión de la problemática, la recuperación de cauces, el manejo de coberturas vegetales, la implementación de un programa de reconversión de usos del suelo, la adquisición de predios según el POMCA y el fortalecimiento de la cultura ambiental para la prevención y mitigación del riesgo¹⁰⁴.

- Informe de CORTOLIMA¹⁰⁵ en el que se da cuenta de los antecedentes de la declaratoria de agotamiento del recurso hídrico en la cuenca del río Coello efectuado mediante la Resolución No. 1675 de 2011 y del alto impacto de la actividad minera sobre este recurso y la vida económica, social y ambiental de la región.

- Copia de la función de advertencia de la Contraloría General de la Nación al MMA presentada el 19 de julio de 2011 en relación con la mina La Colosa y sus serias implicaciones para el equilibrio ambiental y social de la región¹⁰⁶. En este documento el ente de control hace una relación de las actuaciones adelantadas por CORTOLIMA y el MMA frente a la problemática ambiental de la cuenca del río Coello. Entre las actuaciones de la primera que destaca el informe de la Contraloría merece destacarse la expedición del POMCA respectivo mediante el Acuerdo No. 32 de 2006; la determinación de usos de suelo para la cuenca, con la expresa declaración de la minería a cielo abierto como uso prohibido, lo mismo que de la minería en aluviones y de la actividad minera en general, contenida en el Acuerdo 26 de 2007; el otorgamiento de algunas concesiones de aguas por término de tres años para proyectos mineros; la orden de suspensión inmediata de actividades mineras dentro del área de la reserva forestal central en las veredas La Luisa y La Paloma del municipio de Cajamarca; la declaración de agotamiento del recurso hídrico superficial que discurre por el área de influencia de la cuenca mayor del río Coello declarada mediante la Resolución No. 1765 de 2011; la elaboración de informes en los que se da cuenta de la cobertura por el área concedida a algunos títulos mineros de zonas de páramo, subpáramo y bosque alto andino, que dicha autoridad ambiental califica de “especial significancia ambiental” por

¹⁰³ Folio 46 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁴ Folio 47 del Cuaderno Principal. El sentido concreto de cada una de estas labores se desarrolla en los folios 54-59 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁵ Folios 133-140 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁶ Folios 141-147 del Cuaderno Principal.

ser clave en la regulación hidrológica y la conservación de la biodiversidad, y englobar zonas en las que la ordenación ambiental del territorio ha prohibido la minería a cielo abierto.

En sus conclusiones, luego de mencionar la actividad desarrollada por el MMA (apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio y otorgamiento de una sustracción parcial y temporal de una zona correspondiente a la reserva forestal central), el ente de control manifiesta lo siguiente:

“Es clarísimo el irrespeto a las normas ambientales al iniciarse exploración minera por la empresa ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. en un área de la reserva forestal central sin haber solicitado de forma previa la sustracción de la misma como lo expresa la ley, para la Contraloría General de la República entonces, es claro también que la sustracción otorgada por el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante la Resolución 0814 del 4 de mayo de 2009, permitió una reiterada inobservancia de la ley”¹⁰⁷.

Advierte igualmente el ente de control sobre las implicaciones sobre el ciclo hidrológico de la cuenca de unos sistemas de captación y recolección de aguas de escorrentía superficial y subsuperficial implementados por el concesionario que fueron observados¹⁰⁸ y denuncia que observó “la fuga de combustibles y una inadecuada disposición de la estación meteorológica al estar ubicada al lado de una instalación”¹⁰⁹.

Menciona también que el desarrollo de actividad minera dentro de la zona de reserva forestal central no consulta ni el EOT de Cajamarca ni lo dispuesto por la legislación ni la jurisprudencia en relación con el respeto de las determinantes ambientales.

Indica que los operadores del proyecto minero examinado no han suministrado “la información necesaria y suficiente sobre los diseños y características detalladas del Proyecto La Colosa, por ejemplo no hay estudios de caracterización y modelación hidrogeológica del área de influencia directa del proyecto (...) y se desconocen aspectos básicos sobre el proceso de beneficio que se llevaría a cabo, como ubicación y características de las pilas y piscinas de lixiviados y escombreras, consumos directos del recurso hídrico, e

¹⁰⁷ Folio 144 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁸ Folio 145 del Cuaderno Principal.

¹⁰⁹ Idem.

incertidumbre sobre los balances hídricos, índices de escasez y de línea base, entre otros”¹¹⁰.

Finalmente, alerta sobre la incidencia directa de la explotación minera en el suministro de agua a la población y el distrito de riesgo Uso-Coello y sobre sus fuertes implicaciones sociales, ambientales y económicas para la región. Además, obliga a que cualquier pronunciamiento que efectúe el Ministerio respecto de este asunto se haga teniendo en cuenta los hechos expuestos en la función de advertencia “con el fin de evitar un daño ecológico irreversible sobre de especial significancia ambiental, el recurso hídrico, las poblaciones asentadas en el área de influencia del proyecto y otras actividades económicas presentes en la misma”¹¹¹. Y finaliza señalando que en consideración a la falta de información denunciada “cualquier decisión que se tome sobre el proyecto La Colosa y sus posibles consecuencias ambientales y sociales que puedan causar detrimentos en el patrimonio natural y ecológico de la región serán atribuibles a la inobservancia de la normatividad constitucional y legal vigentes por parte de las autoridades competentes”¹¹².

- Resolución No. 427 del 7 de marzo de 1997 de CORTOLIMA, por medio de la cual se declaró el agotamiento del recurso hídrico en la cuenca mayor del río Coello. Esta resolución ofrece un claro antecedente a la problemática ambiental que se padece en la actualidad en la zona y que origina la controversia que se examina.

3.5. Análisis del caso concreto: la conformidad de la medida adoptada con las exigencias del principio de precaución.

Visto el fundamento con base en el cual se adoptó la medida previa impugnada, corresponde a la Sala valorar si ella se ajusta o no a las exigencias del ejercicio legítimo de los poderes que el principio de precaución confiere a las autoridades judiciales. No puede olvidarse que si bien es cierto que él habilita a los poderes públicos a adoptar medidas como la suspensión de actividades cuando existan evidencias serias de que su ejecución encierra un riesgo de afectación ambiental grave e irreversible, no lo es menos que el decreto de esta clase de medidas debe cumplir ciertos requisitos.

¹¹⁰ Folio 146 del Cuaderno Principal.

¹¹¹ Folio 147 del Cuaderno Principal.

¹¹² Ibidem.

Por ende, habiendo establecido ya este Juez de Acción Popular, mediante el análisis de la documentación acopiada por el Tribunal Administrativo del Tolima y de los testimonios técnicos practicados¹¹³, la incertidumbre existente en relación con los riesgos que genera para los recursos hídricos y el equilibrio ecológico el desarrollo de la actividad de exploración minera, se valorarán los elementos enunciados en la parte final del apartado 3.3 de esta providencia, como condiciones de validez del ejercicio de las facultades que confiere a las autoridades el principio de precaución. En virtud de lo anterior resulta procedente: (i) examinar que se cuente con un mínimo de evidencias que acrediten de manera objetiva y razonable que se está ante el peligro de daño grave e irreversible de un determinado ecosistema o recurso; (ii) valorar si la medida adoptada es proporcional para impedir que dicha afectación se concrete; y (iii) evaluar la motivación expuesta con el fin de corroborar que en ella se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada y que tales razones sean válidas. Para la Sala la eventual verificación de estos requisitos evidenciaría el cumplimiento de los requisitos que debe reunir toda medida cautelar legítimamente decretada con base en el principio de precaución, conforme se explicó de manera precedente en esta providencia.

(i) El examen de la evidencia que sustenta el peligro de daño grave e irreversible:

Corresponde a la Sala evaluar si existen estudios científicos o técnicos “que permitan arrojar una duda razonable, una hipótesis que verifique la existencia del riesgo que representa la aplicación de la tecnología en el medio ambiente o en la salud”¹¹⁴; y además, establecer la gravedad de la amenaza en ciernes. Esto, por cuanto, como se explicó con anterioridad, se debe estar ante la amenaza de daños graves e irreversibles para legitimar la toma anticipada de una decisión amparada en el principio de precaución; entendiendo por amenazas graves aquellas que representan una potencial afectación de estos bienes de tal entidad o trascendencia que deben concitar la atención inmediata de las autoridades

¹¹³ A la vista del carácter técnico del debate que se presenta, la Sala estimó conveniente recibir las declaraciones de los expertos CARLOS HERRERA, EDUARDO BEHRENTZ VALENCIA y MANUEL RODRIGUEZ BECERRA; para que con sus conocimientos especializados la ilustraran sobre las implicaciones ambientales de la no exigencia de la licencia ambiental en la fase de exploración de las concesiones mineras (FI 627). Estas declaraciones fueron recibidas los días 30 de noviembre de 2015 y 18 de enero de 2016 (Fls. 742-767 y 853-896).

¹¹⁴ Sentencia del 11 de diciembre de 2013, ya citada.

responsables de cara a su prevención. Y será irreversible aquél daño cuyos efectos sobre los ecosistemas, los recursos naturales o la salud de las personas, de llegar a producirse, no podrían ser revertidos, o no al menos en un lapso corto de tiempo y a un costo significativo; todo lo cual acentúa la gravedad de la amenaza.

Se trata, entonces, de verificar la presencia en el caso del denominado *periculum in mora*, elemento indispensable para el decreto de una decisión cautelar en el marco de un proceso judicial. El Juez debe establecer probatoriamente que la demora en la toma de la decisión de fondo podría llegar a representar un perjuicio severo para el bien jurídico cuya tutela se solicita en el juicio iniciado. De aquí que deba examinar las pruebas acopiadas y sopesar las indicaciones que ellas arrojan sobre la gravedad de la situación de afectación de los derechos colectivos que se denuncia en la demanda.

Al respecto debe señalar este Juez que tanto el informe técnico presentado por CORTOLIMA previo requerimiento del Tribunal Administrativo del Tolima antes de su vinculación al proceso, como el diagnóstico y las medidas previstas por el documento CONPES 3570 de 2009¹¹⁵ y lo resuelto por CORTOLIMA en la Resolución No. 1765 de 2011, dado el carácter técnico y la autoridad de sus contenidos, ofrecen una base lo suficientemente seria para establecer con objetividad que se está ante un riesgo claro de afectación al medio ambiente y a la población que habita la cuenca mayor del río Coello.

Así, por ejemplo, el informe técnico presentado el 29 de septiembre de 2011 por CORTOLIMA¹¹⁶ previo requerimiento del *a quo* (antes de su vinculación al proceso), señala que los principales riesgos que puede generar la puesta en marcha de los procesos de exploración y explotación minera aurífera en la región son los siguientes:

- Riesgo de desabastecimiento hídrico, ocasionado principalmente por el retiro masivo de la capa vegetal de las montañas llevada a cabo durante las fases de exploración y explotación, que impide la infiltración de agua en épocas de lluvias máximas debido a la alteración irreversible de las condiciones normales del suelo y a la alteración de drenajes superficiales que originan reducciones

¹¹⁵ “Estrategias de mitigación del riesgo en la cuenca del Río Combeima para garantizar el abastecimiento de agua de la ciudad de Ibagué”.

¹¹⁶ Folios 133-140 del Cuaderno Principal.

dramáticas en la oferta hídrica del sector.

- Aumento de la amenaza, vulnerabilidad y riesgo de las poblaciones ubicadas en las márgenes de los ríos Combeima y Cocora, asociados a alteraciones de las condiciones normales del suelo; alteración permanente de drenajes superficiales que originan reducciones drásticas en la oferta hídrica del sector.
- Aumento en la erosión de los suelos, producida por la pérdida definitiva de la vegetación y de la capacidad orgánica de la capa vegetal.
- Pérdida de regularidad del régimen hídrico ocasionado por la destrucción de la cobertura vegetal, que genera eventos continuos de sequías o inundaciones por la no retención de los excedentes hídricos en épocas de lluvias.
- Afectación en los procesos productivos en la generación de alimentos por la pérdida definitiva de la capacidad orgánica de la capa vegetal, lo cual pone en riesgo la seguridad alimentaria de la región.
- Aumento del tipo y número de desprendimientos o deslizamientos de tierra asociados al hundimiento o alteración de la topografía y las características naturales de los ecosistemas de la región, lo cual aumenta los costos de potabilización, tratamiento y suministro del recurso hídrico para el consumo humano.
- Conflictos asociados al acceso al recurso hídrico en la medida en que el cambio climático, la variabilidad climática, el cambio en el uso del suelo y las actividades propias de la minería generarían reducciones significativas en la oferta hídrica, pese a lo cual se duplicaría la demanda.
- Contaminación de las fuentes hídricas abastecedoras de las bocatomas, consecuencia de su exposición a agentes contaminantes propios de los procesos de explotación aurífera (cianuro y ácidos) generados por la reacción con otros minerales.

Lo anterior se ve reforzado por las declaraciones dadas ante la Sala por los testigos técnicos MANUEL RODRIGUEZ BECERRA¹¹⁷ y EDUARDO BEHRENTZ VALENCIA¹¹⁸, quienes fueron conformes en señalar el carácter potencialmente riesgoso de la actividad de exploración, dadas las eventuales intervenciones sobre el ecosistema que pueden conllevar las actividades de exploración (perforaciones, remoción de capa vegetal, movimientos de tierra, construcción de campamentos o apertura de vías, entre otras).

¹¹⁷ Cfr. folios 881-883.

¹¹⁸ Cfr. folios 864-866.

Visto lo anterior, para la Sala es evidente que no se está ante riesgos menores ni por su entidad ni por sus efectos sobre el entorno y la vida de la comunidad asentada en la zona de influencia de los proyectos suspendidos. En esta fase del proceso judicial parece plausible afirmar que de concretarse estos riesgos los daños serían de tal magnitud que supondrían un detrimento serio del entorno y de los recursos naturales. Resultado crítico si se tiene en cuenta que **además se están afectando ecosistemas estratégicos**, que si bien no han sido favorecidos por las autoridades ambientales con declaraciones que los conviertan en áreas protegidas excluidas de la actividad minera (artículo 34 del CM), desempeñan un papel crucial para la subsistencia de los ecosistemas, cultivos y comunidades de la región.

En estas circunstancias se configura el *periculum in mora*, o la situación de afectación o de riesgo de alteración severa o irreversible de los intereses colectivos en litigio como consecuencia del tiempo que puede tomar la resolución de fondo de la controversia. A la vista de la incertidumbre sobre la ocurrencia y alcance de los eventuales daños, y de la certeza de la importancia de los bienes jurídicos arriesgados, se hace necesario adoptar medidas que impidan que la resolución definitiva del caso pueda devenir inocua o inaplicable por arribar años después de planteada la demanda.

No se puede olvidar que según el numeral 4º del artículo 1º de la ley 99 de 1993 “[l]as zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial”. De aquí que el artículo 108 de la LMA en sus diferentes redacciones haya insistido siempre, desde su expedición en 1993, en la necesidad que las autoridades ambientales y los entes territoriales adquieran o cofinancien el pago por servicios ambientales en áreas o ecosistemas estratégicos para la conservación, preservación, y recuperación de los recursos naturales, especialmente del agua. Previsión reforzada por la declaración de interés público que realiza el artículo 111 de este mismo estatuto de las áreas de importancia estratégica para la conservación de los recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales y de su proclamación del especial compromiso de las autoridades ambientales y territoriales con su mantenimiento y protección. Lo que se debate, entonces, está lejos de ser una cuestión menor.

En estas condiciones, mal podría afirmarse que la medida impugnada carece de un sustento claro o que expresa meras conjeturas, ficciones, hipótesis o prejuicios del juez del caso. Todo lo contrario, como acaba de evidenciarse, son varias y de plena credibilidad las fuentes en que se apoya la decisión previa de intervenir en la problemática ambiental denunciada por el demandante.

(ii) La valoración de la proporcionalidad de la medida decretada:

La verificación del cumplimiento del primer requisito obliga a valorar la proporcionalidad de la medida adoptada como criterio jurídico material que condiciona su validez. Esta valoración implica efectuar un examen del equilibrio o balance que debe existir entre los fines que busca la medida y sus implicaciones sobre los derechos de las personas afectados por ella. De lo que se trata es de impedir la adopción de decisiones injustificadas y excesivas, e implica a la vez el reconocimiento de las libertades individuales como límite a la discrecionalidad que el principio de precaución atribuye a las autoridades en la búsqueda de medidas efectivas para enfrentar los riesgos cuya materialización procura evitar. En últimas, si bien es cierto que este principio autoriza a los poderes públicos para adoptar las decisiones que estimen pertinentes en aras de impedir la producción de daños graves e irreversibles al medio ambiente por el desarrollo de actividades riesgosas en relación con las cuales existen cotas significativas de incertidumbre, también lo es que el mandato de protección y efectividad de los derechos individuales contenido en los artículos 2º y 5º de la Constitución se traduce en la imposición de un límite a dicha prerrogativa; de modo que su ejercicio solo será legítimo en tanto que resulte proporcionado. En consecuencia las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos individuales deben ser proporcionales, es decir, “no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna”¹¹⁹.

Con miras a determinar si la suspensión decretada es proporcional la Sala deberá evaluar la finalidad de la medida adoptada y la adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la suspensión de los títulos mineros decretada por el *a quo*. Una finalidad jurídicamente relevante es un rasgo característico de las decisiones proporcionales, en tanto que permite excluir *ab initio* actuaciones caprichosas o arbitrarias y ofrece la referencia a la luz de la cual se examinan la adecuación, necesidad y ponderación de la medida enjuiciada. Sin

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995.

un fin plausible el análisis de los demás escalones del test de proporcionalidad carecería de sentido. Así, el estudio de la adecuación implica analizar que la medida sea idónea para la consecución del fin constitucionalmente válido perseguido. De otra parte, el de la necesidad conlleva la valoración de que no exista otra forma de obtener el mismo resultado con una restricción menor del principio o derecho excluido o sacrificado, que sea igualmente capaz de lograr el fin propuesto. Por último, el examen de la ponderación o proporcionalidad en estricto sentido obliga a efectuar un análisis costo-beneficio de la medida enjuiciada, de modo que se pueda concluir si sus resultados justifican la restricción impuesta a la variable sacrificada o si con ella se sacrifican valores más relevantes que los efectivamente materializados.

De lo que se trata aquí, entonces, es de aproximarse a la legitimidad jurídica de la medida o a su apariencia de buen derecho (*fumus boni iure*). Dada la fase procesal temprana en la que se adopta, no puede el Juez al examinar la procedencia de una medida cautelar realizar un juicio integral sobre el fondo de la cuestión; tampoco efectuar una adjudicación definitiva del Derecho. En consideración al carácter preventivo de esta clase de resoluciones en los juicios de acción popular (artículo 25 de la ley 472 de 1998), su principal preocupación debe radicar en evitar la ocurrencia del mal que se cierne sobre los derechos colectivos que constituyen el objeto del proceso. Por ende, el análisis jurídico sobre el que se sustenta la decisión puede resultar más escueto o leve, pues las cautelas, a diferencia de las sentencias, no son decisiones definitivas, que hagan tránsito a cosa juzgada.

Toda vez que varios de los argumentos expuestos por los recurrentes (tales como la inocuidad ambiental de las actividades de exploración, el carácter legítimo de la minería y su calidad de actividad declarada por ley como de utilidad pública e interés social, la legalidad de los contratos, la regulación por el CM de distintos mecanismos de protección del medio ambiente y el supuesto desconocimiento de su validez y efectividad por parte del Tribunal, así como del hecho que al ser contratos legales su ejercicio se somete enteramente a estas disposiciones, la presunta imposibilidad de cumplir con la condición prevista por el *a quo* para el levantamiento de la suspensión decretada y, en resumen, el carácter prematuro, inadecuado, innecesario e infundado de la suspensión decretada) remiten en concreto al estudio de la proporcionalidad de la medida, su análisis debe

efectuarse con detenimiento. En aras de una mayor claridad y precisión cada uno de los elementos de este requisito se examinarán de manera separada.

- Razonabilidad de la medida.

Se afirma que una decisión es irrazonable cuando carece de todo fundamento, esto es, cuando no apunta a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante¹²⁰. En este sentido, varios de los demandados cuestionan la razonabilidad de la medida en cuanto la tachan de superflua y carente de propósito. En su criterio, toda vez que fue dictada respecto de contratos en fase de exploración, que por su objeto (efectuar los estudios necesarios para determinar la existencia y ubicación del mineral contratado en cantidad y calidad que los haga económicamente explotables, la geometría del depósito dentro del área de concesión, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto ambiental y social de esta labor) resultan ambientalmente inocuos, se trata de una decisión caprichosa.

Al respecto considera la Sala que si bien es cierto que el artículo 78 del CM define las labores de exploración como “[l]os estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el período de exploración por métodos de subsuelo, (...) necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras”, lo cual hace posible afirmar que se trata de una fase de la actividad minera con un impacto ambiental que puede resultar inferior al propio de la etapa de explotación, esta sola definición no permite excluir toda clase de incidencia ambiental. Por el contrario, estima este Juez Constitucional, y así lo corroboraron los testigos técnicos BEHRENTZ VALENCIA y RODRIGUEZ BECERRA en sus declaraciones¹²¹, que el hecho de implicar no solo estudios sino también “trabajos y obras” hace explícito que su desarrollo conlleva igualmente una intervención sobre el territorio cuyo potencial de afectación del entorno y de los recursos naturales va a depender de las particularidades del proyecto y del terreno. En consecuencia, y habida consideración de que la fase de exploración supone la realización de trabajos y obras como construcción de plataformas de exploración, excavación de pozos

¹²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 69.

¹²¹ Cfr. folios 864-866 y 881-883.

exploratorios, apertura, ampliación y mantenimiento de vías en las zonas concesionadas y extracción de materiales, entre otras actividades a desarrollar, no hay duda que genera diversos impactos sobre el medio ambiente (p. ej. la remoción de la cobertura vegetal e intervenciones sobre el territorio que generan erosión, salinización y disminución de la capacidad de infiltración de agua para la recarga de acuíferos) de los que se pueden derivar eventuales afectaciones a los derechos colectivos invocados por el actor. Siendo esto así **no resulta procedente afirmar que la medida decretada carezca de finalidad o de objeto, pues es claro cuál es su propósito y que éste se alinea con la preocupación por la guarda de los derechos colectivos ambientales que la Constitución y la Ley imponen a todas las autoridades públicas.**

- Idoneidad de la medida.

En cuanto a la idoneidad o adecuación de la medida decretada para lograr dicho fin, algunos de los demandados estiman que ella no es apta para conseguir el objetivo propuesto, toda vez que de ser cierto que la actividad de exploración minera encarna un riesgo para los recursos hídricos de la región lo procedente habría sido prohibir la utilización del recurso y no el desarrollo de la actividad exploratoria que ha sido constitucional, legal y contractualmente autorizada. En especial si se tiene en cuenta que las nuevas tecnologías de producción más limpia permiten que una actividad que no es intensiva en uso de agua como la exploración se lleve a cabo con técnicas y procedimientos que hacen posible reducir el estrés hídrico de los recursos superficiales presuntamente amenazados.

En relación con este punto considera la Sala que el resultado del juicio de idoneidad que se efectúe depende de la finalidad que se adscriba a la medida adoptada. En este sentido, si se tiene en cuenta que, conforme se resaltó de manera previa, los objetivos de la suspensión decretada van más allá de la sola preocupación por impedir que los proyectos mineros hagan uso del recurso hídrico (lo cual nos remite únicamente al derecho al manejo y aprovechamiento racional de los recursos hídricos) y abarcan aspectos relacionados con la garantía de otros derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, no cabe duda que **la medida**

se muestra adecuada para su efectiva realización. La delicada situación ambiental experimentada por la zona de influencia de la cuenca mayor del río Coello, relacionada, como ya se mencionó, con el agotamiento del recurso hídrico, el desarrollo de actividades mineras en áreas de especial importancia ecológica, el surgimiento de conflictos por acceso al agua y usos del suelo y la amenaza seria al equilibrio ecológico, económico y social de la región, evidencian la gravedad de la problemática y la necesidad de adoptar medidas capaces de incidir de manera integral sobre todos los componentes de esa realidad y la inutilidad de aproximarse a ella con medidas parciales como las propuestas por las demandadas. Por ende, contrario a lo afirmado por las partes demandadas, la medida sí resulta adecuada para la cristalización de los fines propuestos.

- Necesidad de la medida.

El siguiente paso es examinar la necesidad de la medida, esto es, valorar la inexistencia de otros mecanismos igualmente aptos para la realización del fin trazado pero menos restrictivos de la libertad de empresa de las compañías titulares de las concesiones mineras suspendidas por el *a quo*. En criterio de varios demandados la suspensión decretada no es necesaria por varias razones: en primer lugar, porque los concesionarios mineros deben constituir una garantía de cumplimiento que ampara el acatamiento de las obligaciones mineras y ambientales de cada uno, por lo cual en caso de incumplimiento de alguna de ellas la autoridad minera puede hacer efectiva la garantía y lograr el resarcimiento de los daños ocasionados. En segundo término aducen que la legislación minera ya ha previsto un conjunto de medidas orientadas a salvaguardar los recursos naturales como la regulación sobre las áreas excluidas de minería (artículo 34 CM) y de minería restringida (artículo 35 CM), la exigencia de estudio de impacto ambiental como requisito para la licencia ambiental requerida para la iniciación de los trabajos y obras de explotación minera (artículo 85 CM) y las distintas reglas que conforman el Capítulo XX del Código, dedicado a aspectos ambientales de la minería (artículos 194 y ss.). Por eso, afirman, no resulta necesario que el juez de acción popular ignore dicha normatividad y exija un requisito no previsto por la ley, yendo más allá de la legalidad. Al hacerlo, dicen, el juez privó a los mecanismos legales de la posibilidad de funcionar. Y destacan que el hecho de contemplar la legislación numerosas obligaciones ambientales a cargo del titular de la concesión y de prever la posibilidad de que el incumplimiento de tales obligaciones dé lugar a la revocatoria de la licencia ambiental y a la caducidad del contrato de concesión

por parte de la autoridad minera son la evidencia de lo superflua de la medida. En este sentido, afirma alguna de las partes demandadas que a la vista de dicha regulación en Colombia la actividad minera legal “se encuentra blindada ambientalmente por las exigencias legales y normativas contempladas en el Código de Minas”¹²². Y otra de ellas manifiesta, en esta misma dirección, que gracias a la normatividad vigente en nuestro país el riesgo de afectación ambiental por parte de la minería legal “NO existe, pues los pasos que deben surtir para la obtención de permisos previos constituyen filtros ineludibles preventivos de tales daños”¹²³.

En relación con la primera de las objeciones planteadas, encuentra la Sala que contrario a lo manifestado por el INGEOMINAS, la garantía de cumplimiento de las obligaciones ambientales suscrita por los portadores de títulos mineros en virtud de lo dispuesto por el artículo 202 CM no puede ser valorada como una evidencia de lo innecesario de la medida adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima en el caso *sub judice*. El carácter patrimonial de la reparación ofrecida por esa clase de mecanismos de cobertura de riesgos, las grandes dificultades que representa la tasación de los daños ambientales o ecológicos puros, las escasas posibilidades de restablecer el equilibrio ecológico gravemente alterado por la mano del hombre y los enormes problemas que representa la imputación de esta clase de daños, sumado al **carácter constitucional del principio de prevención de los factores de deterioro ambiental**¹²⁴, son razones poderosas para desestimar dicha posición. Dar por buena una postura tal no solo sería renunciar por completo a la aplicación de dicho principio constitucional sino, peor aún, reducir el mandato constitucional de protección de la naturaleza y el deber de garantizar un medio ambiente sano a una mera formalidad, a un discurso hueco que a lo sumo se traduciría en la posibilidad de cobrar una compensación económica por los perjuicios sufridos, dando la espalda a las desastrosas consecuencias para la vida humana y la colectividad de la desprotección de los ecosistemas. En suma, todo lo contrario a lo que la Constitución exige de las autoridades del Estado social y democrático de derecho implantado por el artículo 1º de su texto y del compromiso ambiental que sanciona la Constitución Ecológica

¹²² Folio 399 revés del Cuaderno Principal.

¹²³ Folio 457 del Cuaderno Principal.

¹²⁴ Debe recordar la Sala que en virtud de este principio resulta imperioso evitar los riesgos o daños para el medio ambiente derivados del desarrollo de una determinada actividad, obra o proyecto cuyas consecuencias negativas son conocidas y anticipables. Por lo tanto, este principio está en la base y se concreta en instituciones como la licencia ambiental, los permisos o concesiones de aprovechamiento privativo de recursos, la regulación de la contaminación, el derecho sancionatorio ambiental, etc.

nacional. No puede perderse de vista que, conforme lo afirmó recientemente esta Sala, “corresponde al Estado, la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano, para lo cual deberá ejercer las funciones de control y vigilancia de las actividades económicas que puedan afectarlo pero permitiendo su desarrollo sostenible, y garantizando, además, el correcto manejo y aprovechamiento de los recursos naturales”¹²⁵.

En lo que tiene que ver con la segunda línea de argumentación, que parte de la premisa que la legislación minera en Colombia ha establecido un bloque de normas encaminadas a procurar la protección de los ecosistemas y a mitigar los impactos ambientales, estableciendo además un conjunto de entidades responsables de velar por su cumplimiento, dotadas de poderes suficientes para lograr dicho objetivo, la Sala encuentra que aun cuando ello resulta cierto, lo es también que **dicha normatividad no impide que en supuestos como el *sub judice* se presente una amenaza seria y concreta sobre ecosistemas de especial importancia**. Los múltiples conflictos ambientales, sociales y económicos originados en la zona de influencia de la cuenca mayor del río Coello, debidamente documentados en el expediente, son la evidencia de lo anterior.

En efecto, pese a ser innegable que el CM contiene una multitud de disposiciones de carácter ambiental orientadas a la preservación de los ecosistemas y a asegurar la prevención y mitigación de los impactos de la actividad¹²⁶, encuentra la Sala que la aguda problemática ambiental, social y económica que ha resultado del otorgamiento de títulos mineros en la cuenca del río Coello evidencia **una amenaza fundada de afectación grave del equilibrio ecológico y de la preservación de recursos naturales** que no puede ser ajeno al Juez Constitucional de Acción Popular.

Por esto, aun cuando el temprano estado del debate probatorio y los límites del análisis jurídico propio de la adopción de una medida cautelar impiden profundizar en los detalles de las causas de estos conflictos, para la Sala no resulta desacertado pensar, como lo hizo el Tribunal de instancia, que **la suspensión cautelar de los contratos de concesión otorgados en la zona puede**

¹²⁵ Sentencia del 28 de marzo de 2014, ya citada.

¹²⁶ Además de lo previsto por el artículo 34 sobre las áreas excluidas de minería y el artículo 35 sobre las zonas de minería restringida, las disposiciones que integran el Capítulo XX del CM, “Aspectos Ambientales” son un buen ejemplo de lo anterior. Entre ellas se pueden destacar, especialmente, los artículos 194 a 211.

constituir una medida necesaria para evitar la afectación de los ecosistemas y recursos naturales de la zona.

- Proporcionalidad en estricto sentido de la medida.

El último hito de la valoración de la legitimidad de la medida adoptada es el examen de su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la comprobación de que los beneficios que arroja son mayores que los perjuicios que ocasiona. En concepto de los demandados la medida es desproporcionada por varios motivos: primero, porque los títulos mineros suspendidos se ajustan integralmente a la legalidad, razón por la cual no procede hacerles exigencias que la legislación minera no contempla para la fase de exploración, pues al hacerlo se está sacrificando severamente la legalidad; bien jurídico superior que la protección del medio ambiente. Segundo, porque como consecuencia del carácter de imposible cumplimiento de la exigencia fijada, fruto de la imposibilidad legal actual de tramitar la licencia ambiental para la fase de explotación sin desarrollar los estudios y trabajos necesarios para culminar la etapa de exploración, en la práctica la medida equivale a la prohibición de la minería en la región, con lo cual se sacrifica de manera desproporcionada una actividad de utilidad pública e interés social como la minería (artículo 13 CM). Por último, se afirma que al incidir negativamente sobre los derechos al debido proceso, la propiedad, la legalidad y la libertad de empresa, y hacerlo simplemente ante una supuesta amenaza que ni siquiera está comprobada, y más aún, frente a actividades que como las propias de la fase exploratoria “no tienen la potencialidad de afectar el medio ambiente”¹²⁷, la medida se revela carente de toda proporcionalidad.

En cuanto a la primera objeción, relativa al supuesto sacrificio de la legalidad como consecuencia de ordenar la suspensión de concesiones legalmente otorgadas, encuentra la Sala que se trata de razones que no son de recibo. La opción del Constituyente por implantar un sistema constitucional edificado sobre la idea de la supremacía del Texto Superior obliga a entender que es la normativa infraconstitucional (leyes, reglamentos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc.) la que se debe adecuar a las disposiciones de aquél y no al revés. El principio de legalidad no puede entenderse al margen de los impulsos, directrices y exigencias que manan del texto constitucional. La lógica que impone el artículo 4º de la Constitución es, justamente, la contraria. Por ende, en absoluto puede resultar

¹²⁷ Folio 371 del Cuaderno II.

desproporcionado privilegiar el cumplimiento del mandato constitucional de tutela efectiva al medio ambiente y a los recursos naturales sobre el estricto cumplimiento de una legalidad cuando, como se vio, la evidencia recaudada hasta ahora en el proceso ponen de manifiesto que de la ejecución de tales contratos se desprenden riesgos serios y fundados para los ecosistemas y recursos naturales de la zona.

En relación con la segunda réplica, que acusa el sacrificio de una actividad legalmente declarada de utilidad pública e interés social (la minería) como consecuencia de fijar una condición de imposible cumplimiento para el levantamiento de la medida, y por ende, equivale en la práctica a la prohibición judicial de una actividad legítima constitucional y legalmente, se tiene que tampoco es éste un argumento de recibo. En primer lugar, ello es así porque en absoluto puede equipararse la medida cautelar de suspensión de los contratos de concesión con la prohibición de la minería en la zona cuenca mayor del Río Coello. En efecto, siendo el legislador el responsable constitucional de definir el régimen de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables (artículo 360 párr. 1 frase 2 de la Constitución), solo a él le incumbe establecer áreas excluidas de la minería o fijar los mecanismos o determinar las autoridades competentes para tomar esta clase de determinaciones. Tales áreas fueron definidas por el artículo 34 del CM¹²⁸.

¹²⁸ **Artículo 34. Zonas excluibles de la minería.** No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decreta la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos.

En este orden, para la Sala es visible que en el presente caso, con la medida cautelar decretada, se trata tan solo de evitar de forma preventiva que la ejecución de tales contratos ocasione daños y estropicios en el inmediato futuro que eventualmente podrían resultar irreparables o irreversibles para los ecosistemas y recursos naturales de la zona. El peligro para los derechos colectivos amenazados que se puede derivar del tiempo que toma un proceso judicial en Colombia para en definirse de fondo (*periculum in mora*) y la apariencia de buen derecho que acompaña a la medida (*fumus boni iure*) son el sustento de esta determinación; que en absoluto constituye un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión.

Ahora bien, encuentra este Juez Constitucional que le asiste razón a los recurrentes cuando señalan la incoherencia de lo previsto por el *a quo* para el levantamiento de la medida, pues es claro que a la luz del ordenamiento jurídico hoy vigente, ni legal ni reglamentariamente es obligatorio ni procedente solicitar ni obtener una licencia ambiental para la fase de exploración de los contratos de concesión minera. Esta exigencia, prevista en el pasado por el Decreto 1753 de 1994, no existe en la normatividad actual (Decreto 1076 de 2015) ni en la aplicable al caso *sub examine* (Decreto 2820 de 2010), por lo cual su requerimiento como condición para el levantamiento de la medida cautelar resulta inadecuado en tanto que jurídicamente inviable.

Finalmente, en lo atinente al tercer reproche, que aduce el desconocimiento de derechos adquiridos, de la propiedad, el debido proceso y la libertad de empresa por una amenaza que no está plenamente comprobada y que a la vista de la inocuidad ambiental de la actividad exploratoria resulta claramente infundada, estima la Sala que las extensas consideraciones efectuadas en esta providencia con relación al principio de precaución la relevan de hacer un análisis de fondo de esta censura. Como ya se mencionó líneas atrás, el principio de precaución supone una habilitación para que los poderes públicos actúen en defensa de intereses colectivos y se anticipen a su afectación a pesar de existir incertidumbre científica respecto de los extremos del riesgo en cuestión (cuándo, donde, frente a quién, por cuánto tiempo, por qué causa, de qué modo se concretará) o encontrarse frente a amenazas no comprobadas integralmente por la ciencia. Lo anterior, siempre que se esté ante un peligro de daño grave e irreversible al ambiente, establecido por medio de un principio de prueba que imprima seriedad y objetividad al temor que se tiene y que se busque encarar dicho riesgo con una medida adecuada, necesaria y ponderada en sentido estricto. Siendo esto así no

resulta procedente exigir la prueba plena de la amenaza que representa la actividad minera para el equilibrio ecológico, la seguridad y la conservación y disfrute de los recursos naturales de la cuenca mayor del río Coello, pues la constatación de todos los elementos necesarios para que se esté ante un ejercicio legítimo del principio de precaución (incertidumbre científica, base objetiva del riesgo, identificación del riesgo y su cualificación como grave e irreversible y proporcionalidad de la medida) hacen improcedente dicho requerimiento.

(iii) Examen de la motivación de la medida:

Cumplidos los requerimientos anteriores, corresponde a la Sala evaluar la motivación expuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima al adoptar la medida impugnada. De lo que se trata es de corroborar que en ella se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida fue adoptada y que tales razones sean válidas. Esta carga de motivación, expresión de los principios de publicidad y transparencia que deben regir las actuaciones de los poderes públicos, se impone al órgano que ejercita las facultades que confiere el principio de precaución como una vía para asegurar la racionalidad de lo resuelto y una garantía a favor del destinatario de las medidas decretadas, quien de esta manera podrá ejercer su derecho de defensa (artículo 29 de la Constitución).

Al respecto, este Juez de Acción Popular encuentra que la decisión se halla debidamente fundamentada, razón por la que la medida decretada cumple también con este requerimiento. Ciertamente, de una parte, y desde una perspectiva formal, la providencia parte de un recuento de los hechos que inducen la demanda, luego hace una relación completa de las pruebas que obran en el expediente y de los riesgos que se vislumbran para los derechos colectivos *sub judice*, para concluir que se observa la necesidad de adoptar una medida previa como la decretada, debidamente fundamentada, además, en amplios razonamientos.

De otra parte, desde una perspectiva material, la Sala encuentra que la motivación que sirve de sustento a la medida no solo es clara y completa, sino además sólida, por cuanto ofrece suficientes argumentos para comprender tanto la situación de amenaza de los derechos colectivos que se presenta, como la legitimidad de la medida que se ordena. De sus razonamientos, la Sala se permite destacar los siguientes, por encontrarlos concluyentes:

“De todo el material probatorio obrante en el plenario descrito en precedencia, la sala concluye, que existe suficiente ilustración en relación con el inminente peligro para la vida humana, la supervivencia, y el desarrollo presente y futuro del municipio de Ibagué y sus habitantes derivado de la exploración y explotación minera que afecta la cuenca mayor del Río Coello (Río Combeima y Cocora).

Resulta de absoluta credibilidad el informe técnico presentado por la autoridad ambiental, por que (sic) se encuentra debidamente documentado, y existe plena coincidencia con la problemática descrita por el Personero Municipal de Ibagué, quien reclama la protección inmediata de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a que los servicios públicos y a que su presentación sea eficiente y oportuna, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, los derechos de los consumidores y usuarios, que se encuentran en peligro con la realización de las actividades mineras en comento.

*Adviértase sobre el particular, que la entidad ambiental es clara al señalar que cualquier tipo de perturbación sobre la estabilidad de las fuentes hídricas, afectaría necesariamente la sostenibilidad de la cuenca mayor del río Coello (Ríos Combeima y Cocora) por lo que se comprometería **la supervivencia de la población y el desarrollo actual del municipio de Ibagué.***

*De otra parte, es perentorio señalar que para **mitigar el riesgo en la cuenca del río Combeima y garantizar el abastecimiento de agua en la ciudad de Ibagué,** la citada Corporación compró 16 predios, los cuales se encuentran ubicados precisamente en la zona que posteriormente fue concesionada con los títulos mineros, situación que, incrementa la preocupación con el impacto que se presentaría en el caso de permitir que avancen las actividades de exploración y explotación minera.*

(...)

*Como si fuera poco, el suministro de agua para el casco urbano de la ciudad de Ibagué, de acuerdo con el informe técnico, se afecta directamente con la eventual puesta en marcha de las actividades mineras por parte de los terceros concesionarios, **toda vez que no solamente las bocatomas del acueducto actual y del complementario se encuentran concesionadas bajo títulos mineros sino también los ecosistemas que generan la fuente hídrica indispensable para garantizar el abastecimiento hídrico, la supervivencia humana y del desarrollo económico actual y futuro de la ciudad.***

(...)

Ahora bien, no desconoce la sala las implicaciones de la medida cautelar decretadas en relación con un posible impacto en el empleo y la actividad minera productiva, no obstante, siempre que se trate de estos asuntos debe optarse por mecanismos de ponderación de derechos, como el test de proporcionalidad, decantado por la propia Corte Constitución, en el cual se señalan los siguientes tres subprincipios: (...)

Aplicando este test de ponderación, ha de concluirse que la medida resulta idónea en tanto, solo al ordenar la suspensión de los precitados contratos de concesión y por ende de las actividades mineras, puede conjurarse el riesgo que las mismas ofrecen.

Del mismo modo, la medida es necesaria para proteger el recurso hídrico que resulta indispensable para los habitantes del Municipio de Ibagué, y gran parte del Departamento del Tolima, pues no existe otra manera para menguar los daños inminentes que se causarían en el evento de proseguirse con las labores de exploración y explotación minera.

La medida es proporcional, en cuanto no puede sacrificarse el derecho a la vida digna y a la supervivencia de la Comunidad Tolimense, en aras de mantener el empleo y la actividad minera productiva.

(...)

En estas medida, aparecen comprometidos los derechos a la vida y a la supervivencia de los integrantes de la comunidad, cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, por lo cual la Sala, sin dubitación alguna considera que, los mismos deben privilegiarse, para lograr la tutela judicial efectiva, como quiera que no se puede supeditar, frente a derechos principalmente de carácter económico de un reducido grupo de inversionistas y los trabajadores vinculados al proyecto¹²⁹.

Finalmente, desde una óptica funcional, como se desprende de los recursos interpuestos por los demandados, no cabe duda que la motivación sobre la que el Tribunal cimentó la medida fue lo suficientemente nítida para poder ser comprendida y fuertemente controvertida por estos; circunstancia que avala el cumplimiento de este requisito.

En estas condiciones, la Sala estima que los razonamientos expuestos por el Tribunal Administrativo del Tolima ponen de manifiesto de manera clara las razones en las que se apoyó su decisión, y que, como se evidenció en el apartado anterior, nada hay que objetarles desde el punto de vista de su conformidad con el principio de proporcionalidad ni con los demás principios que establece la Constitución.

4. Resolución del caso concreto.

Con base en la valoración de las evidencias obrantes en el proceso y en los argumentos expuestos, **la Sala confirmará la medida previa impugnada.** Ella

¹²⁹ Folios 174-178.

cumple con los requerimientos de prevención de un daño grave, inminente e irreversible a los derechos colectivos invocados por el demandante y de fundamentación y motivación que ha exigido la Sala a esta clase de determinaciones.

Con todo, como ha sido señalado con anterioridad en esta providencia y como fue subrayado por varios demandados, el cumplimiento de la condición para el levantamiento de la medida presenta un problema práctico considerable, y es que la reglamentación de la licencia ambiental en vigor no exige este requisito para la actividad de exploración minera. Por ende, la condición impuesta a los concesionarios por el Tribunal Administrativo del Tolima en el auto aclaratorio del 28 de octubre de 2011 es, a día de hoy, jurídicamente imposible de cumplir; toda vez que no podrían obtener un pronunciamiento administrativo como ese cuando, jurídicamente, el mismo es improcedente. En consecuencia se dejará sin efectos tal manifestación del *a quo*, para confirmar de manera pura y simple lo resuelto por el Tribunal en su auto de 30 de septiembre de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto del 30 de septiembre de 2011.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS el condicionamiento previsto por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto aclaratorio del 28 de octubre de 2011, consistente en obtener la licencia ambiental exploratoria para cada uno de los contratos cobijados por la medida decretada como requisito para su eventual levantamiento.

Notifíquese y cúmplase,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA