

Principio de proporcionalidad como límite material para la imposición de la medida preventiva en materia ambiental de suspensión de obra, proyecto o actividad

Principle of proportionality as a material limit for the imposition of the environmental preventive measure of suspension of work, project or activity

Principe de proportionnalité comme une limite matérielle pour imposer la mesure préventive en matière d'environnement de suspension d'œuvre, de projet ou d'activité

Princípio de proporcionalidade como limite material para a imposição da medida preventiva na matéria ambiental de suspensão de obra, projeto ou atividade

Álvaro Garro Parra¹
<http://orcid.org/0000-0001-5377-8076>

1 Abogado, Universidad de Antioquia y especialista en Legislación Ambiental, Universidad de Medellín. Correo: alvarogarroabogado@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Garro, A. (2016). Principio de proporcionalidad como límite material para la imposición de la medida preventiva en materia ambiental de suspensión de obra, proyecto o actividad. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(125), 443-468.

Recibido: 15 septiembre 2016.

Aprobado: 8 de noviembre 2016.

Resumen

La potestad de imponer la medida preventiva ambiental de suspensión de proyecto, obra o actividad hace parte de las decisiones discrecionales de la administración y en consecuencia debe acudirse al principio de proporcionalidad y racionalidad al momento de su aplicación. No es suficiente justificar la imposición de la medida preventiva mencionada únicamente a la luz de las reglas contenidas en el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009, y menos con la sola aplicación del *principio de precaución*. Lo anterior conclusión surge de una interpretación sistemática de la norma, acudiendo especialmente a lo consagrado en el artículo 36 de la citada Ley, en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia C-703 de 2010 y finalmente con apoyo en la Doctrina especializada.

Palabras clave

Principio de proporcionalidad, potestad reglada, potestad discrecional, medida preventiva, derecho colectivo, derecho fundamental, ponderación, necesidad, idoneidad, gravedad de la infracción, principio de proporcionalidad.

Abstract

The power to impose the environmental preventive measure of the suspension of the project, the work or the activity is part of the discretionary decisions of the administration and the consequence must go to the principle of proportionality and rationality at the time of its application. It is not sufficient to justify the imposition of the aforementioned preventive measure solely in light of the rules contained in article 39 of Law 1333 of 2009, and less with the application of the precautionary principle alone. The foregoing conclusion arises from a systematic interpretation of the norm, referring especially to what is enshrined in Article 36 of the aforementioned Law, in accordance with what was stated by the Constitutional Court, especially in sentence C-703 of 2010, and finally with support in the specialized Doctrine.

Key words

Principle of proportionality - Regulated power - Discretionary power - Preventive measure - Collective right - Fundamental right - weighing - necessity - suitability - Seriousness of the infringement.

Résumé

Le pouvoir d'imposer la mesure préventive environnementale de suspension d'œuvre, de projet ou d'activité fait partie des décisions discrétionnaires de l'administration et, en conséquence, doit aller au principe de proportionnalité et de rationalité au moment de son application. Il ne suffit pas à justifier l'imposition de la mesure préventive visée uniquement à la lumière des règles contenues dans l'article 39 de la Loi 1333 de 2009, et moins à la seule application du principe de précaution. Cette conclusion découle d'une interprétation systématique de la règle, en particulier par le principe consacré par l'article 36 de la Loi, conformément à la déclaration de la Cour constitutionnelle, en particulier dans l'arrêt C-703 de 2010 et enfin avec le soutien dans la Doctrine spécialisée.

Mots-clés:

Principe de proportionnalité, pouvoir réglementée, pouvoir discrétionnaire, mesure préventive, droit collectif, droit fondamental, pondération, nécessité, pertinence, la gravité de l'infraction, principe de proportionnalité.

Resumo

A potestade de impor a medida preventiva ambiental de suspensão de projeto, obra ou atividade faz parte das decisões discricionárias da administração e em consequência deve se acudir ao princípio de proporcionalidade e racionalidade ao momento da sua aplicação. Não é suficiente justificar a imposição da medida preventiva nomeada unicamente à luz das regras contidas no artigo 39 da lei 1333 de 2009, e menos com só a aplicação do princípio de precaução. A anterior conclusão surge duma interpretação sistemática da norma, acudindo especialmente ao consagrado no artigo 36 da citada lei, na concordância com o exposto pela Corte Constitucional, especialmente na sentença C-703 de 2010 e finalmente com apoio na doutrina especializada.

Palavras-chave

Princípio de proporcionalidade, potestade regrada, potestade discricionária, medida preventiva, direito coletivo, direito fundamental, ponderação, necessidade, idoneidade, gravidade da infração, princípio de proporcionalidade.

Introducción

La Ley 1333 de 2009 reguló algunos aspectos relacionados con las medidas preventivas en materia ambiental, como por ejemplo: *i*) la competencia para su imposición (artículo 2º), *ii*) la finalidad de la medida preventiva (artículo 4º inciso 2º, reiterado por el artículo 12), *iii*) el procedimiento para su imposición (artículos 13, 14 y 15), *iv*) su naturaleza (artículo 32), *v*) las medidas preventivas sobre agentes extranjeros (artículo 33), *vi*) los costos de la imposición (artículo 34), *vii*) la causal genérica para levantamiento de las medidas preventivas (artículo 35), y *viii*) los tipos de medidas preventivas (artículos 36, 37, 38 y 39), todas estas reglas son necesarias pero no suficientes para determinar cuando una autoridad debe imponer una medida de este tipo. Lo anterior teniendo en cuenta que la potestad de imponer medidas preventivas en materia ambiental hace parte de los poderes discrecionales de la administración, de suerte que la misma se debe sustentar en el principio de proporcionalidad y racionalidad, tal como lo ordena el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. Este principio constituye el límite material de las medidas preventivas ambientales.

Aunque el límite material –principio de proporcionalidad– no fue consagrado en forma expresa en la Ley 1333 de 2009, este requisito se infiere de una lectura del artículo 36 de la citada Ley, en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional especialmente en la sentencia C-703 de 2010 y la Doctrina especializada.

El mencionado límite material adquiere mayor relevancia cuando se acude a la medida preventiva de suspensión de proyecto, obra o actividad, consagrada en el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009, porque cuando la autoridad ambiental acude a este instrumento limita el ejercicio de otros derechos reconocidos en la Constitución Política de 1991 a favor del administrado, como por ejemplo, el derecho a la libre empresa, el derecho al trabajo, el derecho a los servicios públicos domiciliarios, el derecho al mínimo vital, e incluso el derecho al saneamiento básico; es decir, en forma temporal hace inaplicable el régimen legal ordinario e impide el ejercicio de derechos que normalmente no tiene estas restricciones.

Que la decisión de aplicar la medida preventiva de suspensión de proyecto, obra o actividad haga parte de una potestad discrecional y no de una potestad reglada implica que, en algunos casos, aunque se constate el incumplimiento de una o varias de las reglas que consagra el artículo 39 citado, no es necesario acudir a este régimen de excepción porque en el caso concreto resultaría desproporcionado respecto a los hechos que la fundamentan y los derechos que

se pretenden proteger. En otras palabras, no le basta a la Autoridad Ambiental constatar el incumplimiento de alguna de las reglas contenidas en el artículo 39 de la Ley 1333 para que la medida preventiva de suspensión de la actividad quede suficientemente fundamentada, es necesario, además, que justificar tal decisión a la luz del principio de proporcionalidad.

El presente trabajo analizará el *principio de proporcionalidad* como *límite material* para la imposición de la medida preventiva de suspensión de obra, proyecto o actividad. Para ello expondrá la tesis de la necesidad de acudir al principio de armonización concreta al momento de determinar la procedencia de la citada medida preventiva, y la necesidad de acudir al método de la ponderación como sub-principio de la proporcionalidad, con el fin de obtener un resultado óptimo cuando se acuda a este régimen de excepción. Se reconocerán las reglas establecidas en la Ley 1333 de 2009 como punto de partida del análisis, pero insistiendo que allí no culmina la motivación, y el principio de proporcionalidad es el elemento central del análisis sobre el cual se debe soportar la decisión de la administración de desconocer o restringir al administrado, por un periodo determinado de tiempo, otros derechos con amparo jurídico. Se expondrá que no es potestativo acudir a este *principio* y en todos los casos, so pena de nulidad, se debe acudir a él. Para lo anterior se acudirá a la revisión de la Ley 1333 de 2009, la Jurisprudencia y la Doctrina.

1. Potestades regladas y potestades discrecionales de la administración²

El análisis del límite material que se impone a la administración al momento de acudir a la medida preventiva³ de suspensión de proyecto, obra o actividad,

2 En este artículo se expone la tesis de la discrecionalidad de la imposición de la medida preventiva de suspensión y no a la discrecionalidad sancionatoria que responde al interrogante si la administración puede renunciar a la aplicación de la sanción, una vez comprobada fehacientemente la infracción o si la administración está obligada a sancionar cuando se cometa una infracción o, por el contrario es discrecional hacerlo si lo estima oportuno planteadas por OSSA ARBELÁEZ (2009, p. 536) y cuya solución no es unánime en la Doctrina, mientras unos defienden la tesis de la discrecionalidad sancionatorio otros se oponen a esta en defensa de principios de igualdad y seguridad jurídica.

3 Las medidas preventivas ambientales son "un tipo específico de medidas cautelares a través de las cuales se materializa el principio de eficacia de la Administración, como un mecanismo que permite la protección del derecho colectivo al ambiente sano y la efectividad de las decisiones

debe iniciar con la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas con las cuales cuenta la administración para determinar a qué clase de potestad pertenece la facultad de limitar, temporalmente, una actividad productiva al amparo de la medida de suspensión⁴. Basta con decir que existen dos clase de potestades: *a)* la potestad reglada que “se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por esta” mientras que *b)* “la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley” (Corte Constitucional, sentencia SU-172 de 2015).

La medida preventiva de suspensión de actividad, como se explicará en detalle más adelante, no tiene una solución concreta y única en la Ley y por lo tanto esta potestad pertenece a las DISCRECIONALES⁵ de las autoridades ambientales o las autoridades revestidas de la facultad a prevención al tenor del artículo 2º de la Ley 1333 de 2009. Lo anterior implica que obra como límite material para su imposición los principios de PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD, por expresa disposición del artículo 44⁶ de la Ley 1437 de 2011, además que, en sede jurisdiccional, el Juez no podrá sustituir a la autoridad ambiental competente para imponer la medida sino que la medida cautelar que se dicte al interior de un proceso judicial deberá limitarse a ordenar que se adopte la medida preventiva ambiental, pero no a su adopción misma, prohibición contemplada en el artículo 230, parágrafo de la Ley 1437 de 2011.

La anterior aclaración es importante por la confusión que genera, sobre todo para los no juristas, el contenido del artículo 39 de la Ley 1333 de 2009

del Ejecutivo, mecanismo de naturaleza provisional por excelencia, instituido materialmente para conjurar cualquier alteración que afecte de manera grave los recursos naturales y que implique correlativamente la restricción de los derechos individuales” (PAÉZ PAÉZ & RODRÍGUEZ, 2013, p. 10)

- 4 Para efectos del presente escrito se hará referencia en forma genérica a la orden de suspensión para referirse a la medida preventiva consagrada en el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009.
- 5 AMAYA NAVAS (2010, página 41) explica que “la potestad sancionatoria de la administración no es discrecional, y por el contrario es reglada, comoquiera que forma parte del *ius puniendi* del Estado”, sin embargo, tratándose de la imposición de medidas preventivas o cautelares resulta más garantista exigir a la administración que realice un análisis de la proporcionalidad de la medida que agotar el análisis en las reglas, en el entendido que esto último podría dar lugar a decisiones *legales* pero *inconstitucionales* por desproporcionadas.
- 6 Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

cuando consagra las REGLAS a tener en cuenta al momento de acudir a la medida preventiva citada, sin que ello implique que la potestad es REGLADA, es decir, aunque se verifique en un caso concreto que se presenta alguno de los supuestos de hecho consagrados en el citado artículo, ello no es razón suficiente para ordenar el cese de actividades, es necesario además hacer un análisis de los hechos a la luz del principio de proporcionalidad para determinar la procedencia de acudir a esta decisión. Lo anterior se infiere de una lectura de los artículos 4º y 36 de la Ley 1333 de 2009, el primero consagra los *finés de la decisión* y el segundo consagra a la *necesidad de la proporcionalidad concreta*, lo cual es complementado por lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-703 de 2010 y la Doctrina especializada según la cual, las medidas preventivas “se erigen como una potestad discrecional, que como tal implica la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (Paéz Paéz & Rodríguez, 2013, p. 26). Dicho de otra forma, por ser la potestad discrecional y no reglada, es insuficiente el análisis de la necesidad de acudir a la medida preventiva de suspensión únicamente a la luz de las reglas consagradas en el artículo 39 en cita.

2. Consecuencias de una interpretación aislada del artículo 39 de la Ley 1333 de 2009

El artículo 39 de la Ley 1333 de 2009 claramente consagra que la medida de suspensión de proyecto, obra o actividad se debe imponer cuando se cumpla alguno de los siguientes tres (3) supuestos de hecho⁷, es decir, sugiere que se acuda a la subsunción como método para determinar la procedencia de la decisión:

2.1. Primera regla del artículo 39 de la Ley 1333 de 2009

Se debe imponer la orden de suspensión “cuando de la realización del proyecto, obra o actividad pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales, el medio ambiente o la salud humana”. Esta norma no establece que se debe de *CUALIFICAR* el nivel de daño o peligro que puede sobrevenir de

7 GONZÁLEZ VILLA (2010) distingue claramente estos tres casos en lo que puede imponerse la medida preventiva de suspensión.

continuar el proyecto, obra o actividad, pero de una lectura del artículo 36 de la misma Ley se concluye que esta orden de suspensión únicamente aplica en los casos que el daño o peligro sea calificado mediante sus atributos con un nivel *grave*, y en consecuencia cuando la calificación sea leve no procede la orden de suspensión. Para determinar la gravedad del daño o peligro es necesario cualificarlo mediante sus atributos⁸ sin que ello implique prejuzgamiento.

2.2. Segunda regla del artículo 39 de la Ley 1333 de 2009

Se aplicará la orden de suspensión “cuando el proyecto, obra o actividad haya iniciado sin contar con licencia ambiental, permiso, concesión o autorización”. Al tenor literal, en todos los casos de ausencia de autorización ambiental⁹ se debe dar la orden de suspensión, sin embargo, existen *casos concretos* frente a los cuales la carencia de una autorización ambiental no implica necesariamente la imposición de esta medida, verbigracia, la ocupación del cauce sin permiso fundamentada en una emergencia¹⁰, al tenor del artículo 2.2.3.2.19.10. del Decreto 1076 de 2015 (196 del Decreto 1541 de 1978), o la carencia del permiso de vertimiento al alcantarillado público, es decir, existen casos particulares en los cuales la autoridad ambiental constata la inexistencia de autorización administrativa y no impone la medida de suspensión, ello sin perjuicio de las medidas sancionatorias por la carencia de la autorización ambiental.

2.3. Tercera regla del artículo 39 de la Ley 1333 de 2009

Se impondrá la orden de suspensión “cuando se incumplan los términos, condiciones y obligaciones establecidas licencia ambiental, el permiso, la concesión o la autorización”. Esta norma leída aisladamente lleva a la conclusión que ante *cualquier incumplimiento* se debe acudir a tal medida, sin embargo,

8 Véase al respecto Decreto 3678 de 2010, recopilado por el Decreto 1076 de 2015 y la Resolución 2086 de 2010 expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

9 Se utilizará en forma genérica “autorización ambiental” para referirse a los diferentes instrumentos de administración ambiental que tienen las autoridades ambientales: licencias ambientales, permisos, autorizaciones, concesiones, registros, etc.

10 Incluso algunas autoridades ambientales ante la carencia de una autorización ambiental como la concesión de aguas, el permiso de vertimientos, el permiso de emisiones atmosféricas, antes de imponer una medida de suspensión optan por hacer un requerimiento para que el responsable obtenga la autorización administrativa, es decir, para que legalice la actividad ante la autoridad ambiental.

al igual que con la regla 2.1. antes mencionada, se debe *calificar el nivel de incumplimiento* para determinar la necesidad de dar la orden de suspensión, ello con el fin de esclarecer si existen *leves incumplimientos* normativos que no generan daño o peligro para el medio ambiente¹¹ y en ese caso la gravedad de la infracción sería *leve*, siendo innecesario acudir a la orden de suspensión.

Sustentar el acto administrativo¹² que impone o legaliza la medida preventiva únicamente en alguna de las tres reglas comentadas resulta insuficiente¹³, y en

11 Las infracciones ambientales pueden ser de tres clases: 1. Infracciones que concretan en afectación ambiental –daño ambiental o daño ecológico–, 2. Infracciones que no se materializan en una afectación ambiental pero que de manera real y efectiva pone en riesgo un bien de protección ambiental, y 3. Infracciones ambientales representados en meros incumplimientos a las normas ambientales, que no se concretan en afectación ambiental y tampoco ponen en riesgo o peligro los bienes de protección ambientales, verbigracia la ejecución de obra de ocupación de cauce con el máximo rigor técnico y científico pero sin contar con el permiso de la autoridad ambiental (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014).

12 Al acto administrativo que impone la medida preventiva en materia ambiental además de los principios y reglas consagrados en el texto de la Ley 1333 de 2009 también le es aplicable la primera parte del CPACA, en especial los principios establecidos en el artículo 3º, a saber: el **debido proceso** –respetando especialmente las reglas sobre procedimiento y competencia–, igualdad –ante situaciones similares las decisiones administrativas deben ser las mismas, es decir, ante la misma situación fáctica la autoridad no podrá imponer una medida preventiva a una actividad y abstenerse de hacerlo frente a la otra–, imparcialidad –la autoridad siempre deberá perseguir la protección del interés general al momento de aplicar la medida de suspensión, evitando cualquier consideración subjetiva, por lo que es procedente acudir al régimen de impedimentos y recusaciones frente al funcionario sustanciador y al funcionario que finalmente adopta la decisión–, buena fe, moralidad, participación –se deberá publicar oportunamente el acto administrativo que da inicio al procedimiento sancionatorio para que cualquier persona puede hacerse parte a través de la figura del tercero interviniente, publicar el acto en forma tardía, como sucede en ocasiones, podría dar lugar a desconocer este principio que además está consagrado como derecho en la Ley 99 de 1.993–, responsabilidad –acudir a la figura de la suspensión en forma desproporcionada dará lugar a la indemnización de perjuicios que se causen, para lo cual el perjudicado podrá acudir al medio de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la decisión–, transparencia –el cual se garantiza publicando OPORTUNAMENTE los actos administrativos susceptibles de este medio–, publicidad –publicando oportunamente el acto administrativo que da inicio a la actuación administrativa, tal como lo ordena la Ley 1333 de 2009–, coordinación –en especial cuando la medida preventiva se impone a prevención por la autoridad que no es competente para adelantar el procedimiento sancionatorio ambiental–, eficacia –procurando que la medida impuesta logre el fin perseguido–, economía –evitando dar continuidad a una medida cuando han desaparecido las causas que la originaron– y celeridad –tanto para imponer la medida de suspensión cuando el principio de proporcionalidad así lo indique, como para levantarla cuando la misma no sea necesaria–.

13 Acoger la tesis contraria, esto es, que la potestad es reglada y no discrecional, lleva por ejemplo a dar la orden de suspensión de operación de una caldera porque la emisión atmosférica de material particulado fue de 51 mg/m³ cuando el estándar establecido en la Resolución 909 de 2008 expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es de 50 mg/m³ –El artículo 8º de la Reso-

consecuencia, una acto así expedido está viciado de nulidad, para corregirlo debe quedar explícita la argumentación bajo los parámetros del principio de proporcionalidad, no en forma general y abstracta sino aplicado al caso concreto, ello con el fin de armonizar los derechos en conflicto, que pueden tener la misma protección constitucional o legal.

Una interpretación aislada y un análisis a partir del método de la subsunción a partir de las tres reglas citadas se evidencia cuando la recomendación de la imposición de la medida preventiva se realiza a través de un informe técnico elaborado por funcionarios no juristas o incluso cuando esta es aplicada directamente sin un análisis jurídico previo –técnicos de las autoridades ambientales que imponen medida preventiva con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1333 de 2009–, aunado al hecho que la posterior revisión de legalidad de la medida impuesta en flagrancia no se realice dentro de los tres días siguientes, tal como lo ordena el inciso final del artículo 15 de la Ley 1333 de 2009, por lo que perfectamente puede ocurrir que se ejecute una medida de suspensión de un proyecto, obra o actividad por parte de un funcionario no jurista con fundamento en las reglas precitadas, y que luego de un juicio de proporcionalidad la misma no resulte necesaria o sea desproporcional, lo que eventualmente puede dar lugar a acciones judiciales para reclamar los perjuicios causados, además de las acciones disciplinarias y fiscales.

Lo anterior adquiere un riesgo mayor si se tiene en cuenta que la mayoría de REGLAS del derecho ambiental están consagradas en normas reglamentarias, es

lución 909 de 2008 establece que el límite máximo permitido para equipos de combustión externa **nuevos** –que inicien operación luego de entrar en vigencia la norma– que utilicen combustible sólido –carbón– o líquido –ACPM– es de 50 mg/m³–, al amparo de la regla 3º comentada: “cuando se incumplan los términos, condiciones y obligaciones establecidas licencia ambiental, el permiso, la concesión o la autorización”, decisión que debe estudiarse a la luz del principio de proporcionalidad para determinar su procedencia, dado que existen actividades que tienen un límite de emisión de 250 mg/m³ para material particulado –artículo 4º de la Resolución 909 de 2008– por lo que debe explicarse la razón por la cual no se permite una actividad con una emisión de 51 mg/m³ y sí una con una emisión de 250 mg/m³, adicional a la razón jurídica o apelación a la regla –aparentemente no existe una razón justificable para aplicar un límite de emisión diferenciado para fuentes nuevas y fuentes existentes–, es decir de qué forma se respetan los principios de proporcionalidad y racionalidad en estos casos. La decisión entonces debe ser proporcional a los hechos investigados y con el nivel de daño o riesgo de los bienes ambientales que se persigue proteger, por ejemplo, analizar que la actividad productiva no se puede realizar sin la caldera, por lo que la suspensión de la misma llevará al incumplimiento de los compromisos comerciales, luego al despido de trabajadores y finalmente al cierre de la empresa, solamente amparado en una lectura aislada del artículo 39 tantas veces citado.

decir, que en la jerarquía normativa están por debajo de la Constitución Política de 1991 y las Leyes que la desarrollan, lo que llevaría imponer el reglamento por encima, y tal vez en contradicción de disposiciones Constitucionales y Legales, pues tal como lo afirma Gordillo (2013, p.26) “el no jurista²²⁸ tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etc.”, dado que cualquier violación a una norma inferior contenida en un reglamento (Decreto o Resolución) (constatación de la regla) daría lugar a la suspensión y cierre de una empresa, por ejemplo, la no presentación del informe previo a la evaluación de las emisiones atmosféricas con treinta (30) días de antelación a la medición¹⁴, así la fuente fija históricamente esté cumpliendo con el estándar o límite prefijado caso en el cual no habría lugar a la imposición de la medida por desproporcional.

3. Principio de proporcionalidad y racionalidad como límite material para la imposición de la medida preventiva de suspensión de proyecto, obra o actividad.

El artículo 36 de la Ley 1333 de 2009 cuando consagra que los distintos tipos de medidas preventivas se impondrán “*de acuerdo a la gravedad de la infracción*”¹⁵, norma que debe armonizarse con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-703 de 2010) y la Doctrina especializada. De una interpretación sistemática de las normas que regulan la imposición de la medida de suspensión se concluye que a ella no se acude ante cualquier incumplimiento o riesgo para el medio ambiente, la salud humana o los recursos naturales

14 El numeral 2.1. de la Resolución 2153 de 2010 expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible consagra esta obligación.

15 Una sucinta revisión del derecho comparado muestra como en otros países está contemplada idéntica estipulación en el sentido de exigir aplicar el principio de proporcionalidad para imponer la medida de suspensión. Así, la Ley General del Ambiente de Perú (Ley No. 28611) en el artículo 136 estipula que las personas que infrinjan dicha norma se harán acreedoras, *según la gravedad de la infracción*, de alguna de las sanciones allí listadas; en Chile la Ley 20.4017 “crea el ministerio, el servicio de evaluación ambiental y la superintendencia del medio ambiente” y es explícita al referirse a las medidas provisionales o cautelares que estas las impondrá el Superintendente “*de conformidad a lo señalado en el artículo 32 de la ley N° 19.880 y deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40*” (Art. 48) (Subraya fuera de texto original).

renovables, sino que es indispensable calificar el nivel o gravedad de la presunta infracción para confrontarla con la gravedad de la decisión a imponer, sus consecuencias legales, económicas, ambientales y sociales, de manera que se pueda armonizar los principios o derechos contrapuestos a través del método de la ponderación, como sub-principio del principio de proporcionalidad. La constatación que el hecho objeto de análisis se subsume en alguna de las reglas del artículo 39 citado puede ser el punto de partida del análisis pero jamás el punto de llegada sobre el cual se edifique la estructura argumentativa del acto administrativo que impone la orden de suspensión.

Además, como la medida de suspensión es de ejecución inmediata y sobre ella no cabe ningún recurso¹⁶, los eventuales actos administrativos que adolezcan de vicios por ser contrarios a la Constitución o a la Ley, generarían sus efectos materiales en forma inmediata y sin posibilidad de controversia ante la misma autoridad que lo expide, y si con esa decisión se causan perjuicios patrimoniales a una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, ello dará lugar a su resarcimiento o indemnización incluso por vía judicial¹⁷, es decir, eventualmente tal decisión puede acarrear consecuencias patrimoniales para la administración, sin mencionar otro tipo de responsabilidad como la fiscal o disciplinaria para el funcionario público que actúa en contravención al artículo 44 de la Ley 1437 de 2011¹⁸. Las consecuencias económicas de la imposición de una medida preventiva que no sea proporcional a los hechos, debe ser asumida por la autoridad administrativa que la impuso, dado que no todas las actuaciones que se surtan con el pretexto de la protección del medio ambiente tiene una justificación *a priori* o generalizada, siempre será necesario revisar la decisión a la luz de los hechos particulares que la rodean, y en caso de encontrar que la orden de suspensión impuesta no se adecua a los fines ni es proporcional a los hechos habrá lugar a la reparación de los daños por responsabilidad extracontractual del Estado. El análisis por *reglas* aplicando el *método de la subsunción* es siempre insuficiente como sustento fáctico y jurídico para soportar una medida preventiva de suspensión, y en consecuencia una

16 Artículo 32, Ley 1333 de 2009.

17 La Corte Constitucional (sentencia C-703 de 2010) informa que la decisión sobre la imposición de medidas preventivas, pese a que no es susceptible de impugnación por medio de los recursos de reposición y apelación, sí pueden ser demandadas ante la respectiva jurisdicción.

18 Artículo 44. *Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

orden de este tipo así estructurada está viciada por insuficiente motivación¹⁹. La decisión de suspensión debe justificarse -argumentarse- desde los *principios de racionalidad y proporcionalidad*, pues no de otra forma se puede determinar *la gravedad de la infracción* requerida por el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009.

4. Necesidad de ponderar los principios o derechos que entran en conflicto al aplicar la medida de suspensión

Los postulados constitucionales reconocen una diversidad de principios, valores y derechos, entre ellos al medio ambiente sano, el derecho a los servicios públicos domiciliarios, al saneamiento básico ambiental, al trabajo, la libertad de empresa, etc., los cuales pueden entrar en colisión al aplicarse el régimen de excepción consistente en que por un tiempo determinado se imposibilite el desarrollo de un proyecto, obra o actividad, siendo imposible en un *caso concreto* garantizarlos todos en la misma medida, por ello para determinar el nivel de protección que se debe otorgar a los derechos confrontados se debe acudir al principio de la proporcionalidad y dentro de éste al *método de la ponderación*.

Siempre que se impone la medida preventiva ambiental de *suspensión de obra, proyecto o actividad* con el fin de prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana, para proteger el *derecho al medio ambiente sano* o incluso *la vida y la salud personal*, se limita el ejercicio de otros derechos de rango constitucional, como por ejemplo el *derecho al trabajo*, el *derecho a los servicios públicos domiciliarios*, al *saneamiento básico*, a la *libre empresa*, sin que pueda determinarse *a priori* que estos derechos en todos los casos deban ceder ante los primeros. En palabras de la Corte Constitucional (703-2010) la potestad de imponer medidas preventivas tiene unos límites para evitar la arbitrariedad, el abuso o el desbordamiento, y uno de esos límites es precisamente la aplicación del *principio de proporcionalidad*, y es necesario,

19 "Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional" (Corte Constitucional T-395 de 2010).

en cada *caso concreto*, demostrar que los demás derechos deben ceder ante la necesidad de protección del medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

Y es que el derecho al medio ambiente sano, la protección de los recursos naturales renovables, el paisaje o la salud humana, garantizados con la medida preventiva según el artículo 4º de la Ley 1333 de 2009, *prima facie* no tienen una prevalencia sobre los demás derechos como el trabajo, el saneamiento ambiental, la libertad de empresa, los servicios públicos domiciliarios, el mínimo vital, etc., por lo que es necesario determinar en cada caso concreto cuales derechos deben ceder para garantizar los otros, es decir, cuáles deben ser garantizados en menor medida y cuales en mayor medida²⁰. Para encontrar

20 Dos ejemplos para ilustrar la colisión de principios o derechos de rango constitucional: **1).** La orden de suspensión de la operación de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) municipales con el argumento que no se cumple con el nivel mínimo de remoción o la norma de vertimiento, al constatar que el nivel de remoción para el parámetro Demanda Bioquímica de Oxígeno –DBO5– fue del 79% cuando la norma exige un mínimo de remoción del 80% - El artículo 72 del Decreto 1594 de 1984 consagra que para usuarios nuevos el nivel de remoción de Demanda Bioquímica de Oxígeno (DBO) debe ser de mínimo un 80%, aunque a partir del 1º de enero de 2016 empezó a regir la Resolución 631 de 2015 conocida como “nueva norma de vertimientos”-, pues en este caso se cumpliría la regla según la cual cuando no se cumplan los términos y condiciones del permiso –en este caso el permiso de vertimiento o Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos (PSMV)- aplica la orden de cesar temporalmente la actividad, pero las consecuencias pueden resultar más gravosas al dejar de tratar las aguas residuales y dejar de prestar el servicio público de alcantarillado, afectando el orden público por las condiciones de salubridad. Si el análisis se agota con las reglas bastaría con la subsunción del hecho en el supuesto consagrado en la norma como motivación suficiente, pero como la motivación no se debe limitar a la comprobación de los aspectos formales es necesario revisar los derechos contrapuestos que resultarían afectados con dicha decisión como *la salud humana, el medio ambiente, el saneamiento básico, los servicios públicos, la libre empresa o el derecho al trabajo*, pues en el caso planteado es más perjudicial suspender una Planta que remueve el 79% que permitir su operación, sin perjuicio del deber de cumplir las condiciones u obligaciones para hacer uso del permiso o autorización otorgado por el Estado para su operación y de las sanciones que se puedan llegar a imponer. **2).** Una empresa donde laboran 2.000 trabajadores tiene una caldera a la cual se asocia una fuente fija de emisión de contaminantes a la atmosfera, para su operación requiere permiso de emisiones atmosféricas. La empresa no puede operar o desarrollar su actividad sin el funcionamiento de la caldera. Para ese equipo de combustión externa debe cumplir con un límite de emisión de material particulado de 200 mg/m3. La empresa siempre ha venido cumpliendo con la obligación de mantener el nivel de emisión por debajo del límite establecido, pero en un muestreo puntual se determinó que su emisión real fue de 201 mg/m3. Aplicando la regla “*cuando se incumplan los términos y condiciones del permiso se debe proceder a cesar la actividad*” el hecho se subsume en el presupuesto normativo por lo que se debería imponer la consecuencia jurídica, a saber, dar la orden de suspensión de actividad de la caldera. Como la decisión no depende sólo de la aplicación de una regla sino que además se debe hacer el análisis de los principios o derechos contrapuestos, es allí donde es indispensable desarrollar el *principio de la propor-*

en el caso concreto el nivel de protección que merece cada uno de los derechos contrapuestos se debe aplicar el *método de la ponderación* y los demás sub-principios de la proporcionalidad, a partir del cual es posible que la autoridad ambiental determine que los derechos contrapuestos a la protección ambiental merecen un mayor grado de satisfacción y que por tanto la aplicación de la medida preventiva de suspensión resulta desproporcionada, aunque verifique que se cumple alguna de las reglas del artículo 39 citado. La motivación del acto administrativo que impone la medida preventiva debe partir de la revisión de los *hechos relevantes* en el caso concreto, descartando la peligrosa argumentación genérica y abstracta de la prevalencia de la protección ambiental, y es que como se verá más adelante, dos (2) de los tres (3) sub-principios del principio de proporcionalidad requieren un análisis de la situación fáctica y tan sólo uno de ellos requiere el análisis del aspecto jurídico, dado que “el derecho es una ciencia de casos singulares y concretos” y “los hechos son el 98% del problema” (Gordillo, 2013).

No es necesario que el procedimiento sancionatorio haya avanzado, pero sí que se determinen con claridad los *hechos relevantes*²¹, por ejemplo: *a*). nivel de incumplimiento del permiso ambiental -gravedad-, *b*). número de empleados que dependen de la actividad objeto de la eventual orden de suspensión, *c*). inexistencia de otros mecanismos para la protección ambiental -necesidad-, etc., con el fin de determinar la proporcionalidad de la medida preventiva, y así erradicar la posibilidad de actos genéricos, llenos de elucubraciones jurídicas sobre la prevalencia del interés superior al medio ambiente, pero desconociendo u omitiendo el análisis de los hechos del caso, que pueden indicar la imposibilidad, por desproporcional, de acudir a tal medida, aun cuando se configure alguna de las reglas establecidas en el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009. La medida preventiva consistente en la orden de cesar por un tiempo determinado una obra, proyecto o actividad no debe ser justificada *a priori* con la existencia de un peligro o riesgo para el medio

cionalidad, para lo cual es necesario determinar la **gravedad** del incumplimiento, ¿Qué otros derechos o principios se sacrificarían en el caso concreto, como el derecho al trabajo, la libre empresa, etc.?, ¿en el caso concreto debe primar la protección del derecho al medio ambiente sobre los demás derechos, y cuáles son las razones que llevan a dicha conclusión?, en definitiva, ¿es proporcional la medida administrativa en relación con los hechos del caso concreto?.

21. González Villa (2010) expone la tesis contraria según la cual las este tipo de medidas se tendrán que imponer al final del proceso dado que el legislador estableció las medidas preventivas como una sanción. “En conclusión: la Ley 1333 de 2009, continuando con el error de la Ley 99 de 1993, acabó con las medidas preventivas, las desvirtuó, las desnaturalizó y las convirtió en verdaderas sanciones, por lo que no pueden ser preventivas, sino que tendrán que imponerse al final del proceso” (p. 257).

ambiente, los recursos naturales, el medio ambiente o la salud humana, ni por la carencia de un permiso ambiental o por el incumplimiento de los términos consagrados en el permiso, tal como lo consagra el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009, sino que debe determinarse en cada *caso concreto*, de acuerdo a las circunstancias de *tiempo, modo y lugar*, la gravedad del incumplimiento²² y los eventuales derechos que se sacrificarán, es decir, se debe hacer un análisis de la *proporcionalidad y racionalidad* de la medida caso por caso, excluyendo totalmente la posibilidad de una determinación genérica en la cual siempre el medio ambiente prima sobre los demás derechos. Los hechos y circunstancias del caso analizado determinarán la decisión de imponer la orden de cesar la actividad, y no necesariamente uno de los tres incumplimientos mencionados. Es indispensable que también se califique el incumplimiento de acuerdo a su nivel de gravedad para luego determinar los eventuales derechos sacrificados con la medida y confrontarlos con el derecho protegido, análisis que dará los elementos de juicio requeridos para concluir, con alto grado de certeza, sobre la necesidad –o no necesidad– de acudir a esta institución jurídica que por un tiempo determinado limita el ejercicio de otros derechos –principio de proporcionalidad–.

La anterior exigencia de examinar la gravedad de la infracción no es caprichosa y fue consagrada por el Legislador cuando en el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009 dispuso que las medidas preventivas se impondrán de acuerdo a la *gravedad de la infracción*, de donde surge el deber de realizar un *análisis casuístico para calificar la gravedad*, y como la medida preventiva de suspensión de obra, proyecto o actividad es una materialización del *principio de precaución*²³, puede decirse sin ambages, que esta medida únicamente aplica en los casos que el incumplimiento sea calificado como *grave*, de lo contrario

22 Se utilizará el término incumplimiento para referirse a las tres hipótesis consagradas en el citado artículo 39: el peligro o riesgo, la carencia del permiso o el incumplimiento del mismo.

23 Aunque entre el principio de precaución y la medida de suspensión existen algunas diferencias: los requisitos para desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2002 para aplicar el principio de precaución son: 1. *Que exista peligro de daño*, 2. *Que éste sea grave e irreversible*, 3. *Que existe un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta*, 4. *que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente*, y 5. *Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado*, lo que hace diferente a la orden de suspensión en la medida que esta se puede imponer cuando los daños se han materializado, el principio de precaución por el contrario implica siempre una incertidumbre, en la medida preventiva no siempre existirá. Por lo demás se pueden asimilar, en cuanto a: ambos se aplican cuando exista peligro de daño, siempre que éste sea grave e irreversible, con la finalidad de conjurarlo y mediante acto motivado a través del principio de proporcionalidad. Pero como la Corte Constitucional (C-703 de 2010) lo manifiesta las medidas preventivas son específicas expresiones del principio de precaución.

no sería ajustado a la Carta que ante un incumplimiento *leve* se imponga tan drástica medida, en desmedro de otros derechos, tal vez más relevantes o que merecen mayor grado de protección en el caso concreto, tal como lo a expuesto la Corte Constitucional (Sentencia C-703 de 2010):

(...) Así las cosas, tratándose de las medidas preventivas en materia ambiental, no es factible proclamar de manera general y abstracta la primacía del libre desarrollo de la personalidad o del derecho general de libertad, pues las situaciones de afectación o riesgo para el medio ambiente son numerosas y de tan difícil catalogación que resulta indispensable examinar **cada caso en concreto, determinar cuáles son los principios y derechos comprometidos, cómo operan sus límites y de qué modo ha actuado la autoridad, antes de establecer cuál principio o derecho se impone y en qué medida debe ceder el desplazado.** (Negrilla fuera del texto original).

Y sobre la necesidad de analizar el caso concreto para determinar si el daño o riesgo que se prevé es *grave* y concluir si la medida es proporcional a los hechos, la Corte Constitucional (Sentencia C-703 de 2010) así razonó:

En este contexto cobra plena significación la valoración que antecede a la aplicación de la medida, la apreciación de la afectación o del riesgo, de su gravedad y del posible advenimiento de un daño grave, así como la obligación de motivar, **todo lo cual tiene lugar en casos concretos, pues la autoridad ambiental no valora ni motiva en abstracto y, por lo tanto, solo cabe predicar la arbitrariedad o la proporcionalidad de la medida en atención a las circunstancias específicas de cada caso.** (Negrilla fuera del texto original).

Es claro entonces, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009 y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la justificación sobre la aplicación de una medida preventiva en materia ambiental no se limita a la verificación de una regla, sino que es indispensable aplicar el principio de proporcionalidad que funciona como límite para este tipo de decisiones, pero para que proceda un análisis de este tipo, los derechos o principios enfrentados o contrapuestos deben ser del mismo nivel o jerarquía normativa, de lo contrario el conflicto sería aparente y no real; en otras palabras, para que el método de la ponderación en el caso concreto aplique, es necesario que el derecho al medio ambiente adquiera una relevancia de la categoría de derecho fundamental, así como el derecho que se pretende sacrificar, verbigracia, el

derecho a la libre empresa, dado que si se plantea un conflicto entre un derecho colectivo y un derecho fundamental primará éste último.

5. Derecho al medio ambiente como derecho fundamental

Como el derecho al medio ambiente es de carácter colectivo, para que sea posible la confrontación en el plano de los derechos fundamentales es necesario que al analizar el caso se determine en primera instancia que el *derecho colectivo* adquiere la relevancia o importancia de *derecho fundamental* cuya protección sea inaplazable, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional (T-703 de 2010). El derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo consagrado en el artículo 79 de la Constitución Nacional, y sólo en algunos casos adquiere la categoría de derecho fundamental por conexidad con otros derechos de esta naturaleza. Como lo ha explicado la Corte Constitucional (T-724 de 2011):

(...) El ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres vivos, incluidas las futuras generaciones, en conexidad con ese inexcusable deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud.

Para que el medio ambiente sano sea protegido a través de la medida preventiva que se comenta, la amenaza deber ser *grave y real*, por lo que otro tipo de amenazas como las leves o meramente eventuales pueden ser evitadas o corregidas a través de otros medios legales, como por ejemplo la imposición de las sanciones consagradas en el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009.

La medida preventiva de suspensión de obra, proyecto o actividad, es *excepcional* y por esa razón no debe convertirse en la imposición anticipada de una sanción, dado que la orden de cesar una actividad implica, en muchos casos, el cierre temporal del establecimiento, edificación o servicio consagrada como sanción por el numeral 2º, artículo 40 en cita, además porque una medida preventiva de este tipo en la mayoría de los casos resulta más gravosa, en términos económicos, que una multa. Piénsese por ejemplo en las pérdidas económicas que representa para una industria el cierre por

dos meses –empleados, proveedores, clientes, etc.–, con la carga adicional de tener que asumir la sanción si luego de la investigación ambiental se encuentra responsabilidad.

6. Medida preventiva se impone en un estado de incertidumbre

Lo dicho no significa que la medida de suspensión deba imponerse en un escenario de certeza, dado que esta, a diferencia de las sanciones, se impone en un estado de incertidumbre, tal como sucede con el *principio de precaución*, es decir, de antemano no se conocen con certeza los efectos de los riesgos generados con la actividad controlada, pero ello no justifica la imposición de la medida, por el contrario, implica la necesidad de una fundamentación mayor para evitar la arbitrariedad o desproporcionalidad. En ese estado de incertidumbre en el cual se impone la medida preventiva ambiental adquiere relevancia la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad como límite a estas decisiones, principio que debe ser analizado en todo acto administrativo en el cual se adopta una decisión de este tipo, incluso en los actos de legalización de la medida posterior a su imposición en flagrancia. No es potestativo entonces de las autoridades ambientales acudir o no al principio de proporcionalidad al momento de imponer las medidas preventivas, bajo los mandatos del artículo 36 citado y de la sentencia C-703 de 2010 constituye una obligación inobjetable el análisis de los hechos a la luz de los tres sub-principios que hacen parte del principio de proporcionalidad, de esta “manera se pretende suprimir la arbitrariedad, al definir la procedencia y aplicación de las medidas preventivas que, según lo mencionado, se erigen como una potestad discrecional, que como tal implica la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, materializados en una motivación suficiente y limitados en el tiempo en cuanto atañe la restricción de derechos” (Páez & Rodríguez, 2013, p. 26), el no hacerlo puede conducir a la expedición de un acto ilegal por desproporcionado. La Corte Constitucional (sentencia 703-2010) lo explica en los siguientes términos:

Las consecuencias gravosas y restrictivas de las medidas preventivas que, como se apuntó, en la práctica conducen a la suspensión del régimen jurídico aplicable en condiciones normales, hacen indispensable que a la valoración fundada que antecede a su adopción se le agreguen algunos

límites que, en términos generales, al menos procuren dotar a la medida adoptada de dimensiones adecuadas que eviten la exageración, ellas consecuencias gravosas y restrictivas de las medidas preventivas que, como se apuntó, en la práctica conducen a la suspensión del régimen jurídico aplicable en condiciones normales, hacen indispensable que a la valoración fundada que antecede a su adopción se le agreguen algunos límites que, en términos generales, al menos procuren dotar a la medida adoptada de dimensiones adecuadas que eviten la exageración, el desbordamiento o la arbitrariedad desbordamiento o la arbitrariedad.

Es necesario insistir que el conflicto normativo que se presenta al momento de decidir sobre la imposición de la medida de suspensión no es entre reglas que son mandatos definitivos, las cuales pueden cumplirse o incumplirse, sino que la tensión se da entre principios de orden constitucional los cuales se pueden cumplir en mayor o menor medida, cumplirse en diferentes grados pero no se excluirse entre sí.

7. Los tres (3) sub-principios del principio de proporcionalidad. La Ley de la ponderación

Sobre el concepto de proporcionalidad la Corte Constitucional (Sentencia C-022 de 1996) estableció que éste comprende tres conceptos parciales²⁴: *i) la adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, *ii) la necesidad* de la utilización de estos medios para el logro del fin, y *iii) la proporcionalidad* en sentido estricto entre medios y fin. La propia Corte dispuso que el método de aplicación del principio de proporcionalidad es la *ponderación* (Sentencia C-822 de 2005). Por su parte, para Alexy (2008) el principio de proporcionalidad contiene tres sub-principios: de idoneidad,

24 Bien es sabido que el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, está conformado por tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que la medida conduzca o favorezca la obtención de un fin legítimo perseguido por el Estado; el segundo alude a que la medida no se justifica si la finalidad puede ser alcanzada por otro medio igualmente eficaz, y que a su vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor; en tanto que el último exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y por otra, el peso de las razones que lo justifican (C-670 de 2004).

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y la *ley de la ponderación* se da en el campo de este último sub-principio y no en los otros dos. Los sub-principios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las *posibilidades fácticas* (Alexy, 2008), mientras que el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las *posibilidades jurídicas* para el cual aplica la ponderación.

Además de las reglas contenidas en el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009 el acto administrativo que impone o legaliza la medida preventiva de suspensión en forma expresa deberá aplicar el principio de proporcionalidad así²⁵:

7.1. Análisis de la *adecuación o idoneidad*

Identificar y dejar explícito en el acto administrativo el fin perseguido con la medida preventiva de suspensión, esto es, explicar razonadamente si el proyecto, obra o actividad que se está desarrollando atenta contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana, o una combinación de estos bienes, descartando totalmente la formula genérica según la cual con la medida se pretende lo definido en la norma para no caer en una petición de principio, y explicar de qué forma el cese de actividades contribuye eficazmente a evitar el riesgo o el daño. Como la medida preventiva es una manifestación del principio de precaución no se exige la certeza del daño, éste puede ser eventual o hipotético, pues no se exige certeza absoluta

25 Esta forma de argumentación en los actos administrativos que imponen medidas preventivas se ha identificado en las decisiones de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– que realiza explícitamente el análisis del principio de proporcionalidad a partir de cuatro fases analíticas: i) juicio de finalidad, entendido como que el fin perseguido por la medida preventiva deberá corresponder a los enumerados en el artículo 12 de la Ley 1333 de 2009, ii) juicio de no prohibición del medio, es decir que la medida preventiva este contemplada en la norma y no exista producción alguna de aplicarla, lo que quiere decir que únicamente se podrá aplicar alguna de las medidas preventivas señaladas en el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009, iii) juicio de adecuación o idoneidad, en el entendido que no exista ningún otro medio legal menos gravoso con el cual se pueda lograr el mismo fin perseguido, y iv) juicio de necesidad o indispensabilidad del medio, que aun siendo idónea la medida deber ser necesaria Cfr. Resoluciones No. 1222 del 03 de diciembre de 2013, No. 001 del 08 de enero de 2014 y No. 330 del 03 de abril de 2014, expedidas por la ANLA. Tomadas de: http://www.anla.gov.co/documentos/10832_res_1222_031213.pdf, http://www.anla.gov.co/documentos/10918_res_0001_080114.pdf, http://www.anla.gov.co/documentos/11797_res_0330_030414.pdf), sin embargo, otras autoridades ambientales no fundamentan la imposición de medidas preventivas a partir del principio de proporcionalidad y únicamente acuden a las reglas.

sino relativa, pero “los hechos o situaciones de hecho que se insertan en el acto administrativo deben tener existencia en la actualidad. No es válido el argumento de los hechos posibles o eventuales, pues devendría el exceso de poder” (Ossa Arbeláez, 2009, p. 91), es decir, la situación fáctica que eventualmente puede dar lugar al daño ambiental debe ser real. Si el daño o afectación se manifestó en su totalidad no es jurídicamente procedente imponer una medida preventiva, la medida a imponer puede ser sancionatoria o compensatoria a voces del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009; si el daño o afectación solamente se ha manifestado parcialmente, la medida preventiva es procedente para evitar la manifestación total de los efectos negativos para la salud humana, el paisaje o la salud humana, pero como se dijo, los hechos que sustentan la medida debe ser actuales y reales.

7.2. Análisis de la *necesidad*

No basta con que la medida sea idónea para conjurar el daño o el riesgo que se cierne sobre los recursos naturales, el medio ambiente, el paisaje o la salud humana, es indispensable que la misma sea necesaria, es decir que no exista otro medio legal ordinario para lograr el fin perseguido con la medida preventiva. Si los medios legales ordinarios con que cuenta la autoridad son suficientes para conjurar el daño o perjuicio la medida excepcional de suspensión no se debe aplicar, porque en ese caso resulta desproporcionada. En palabras de González Villa (2006, p. 243) “en razón de ser una medida preventiva o de seguridad, tiene que haber una valoración de la necesidad de imponerla”.

7.3. Análisis de la *proporcionalidad en sentido estricto*

Como se dijo, se debe acudir al método de la ponderación para realizar este análisis jurídico –el análisis fáctico se debió realizar dentro de los otros dos sub-principios-. La intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general (Corte Constitucional, Sentencia C-872 de 2003). En el caso concreto se explicarán las razones por las cuales los recursos naturales, el medio ambiente, el paisaje o la salud humana (según el derecho protegido con la decisión) adquieren un carácter de fundamental y merecen un mayor

grado de protección que los derechos sacrificados con la medida. La ley de ponderación señala Alexy puede sintetizarse en la siguiente regla:

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (2008: 30), o en palabras de la Corte Constitucional Colombiana para que una decisión sea constitucional se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. ‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional (Sentencia C-448 de 1997)²⁶.

En síntesis, la ponderación o proporcionalidad para el caso de la medida de suspensión impone para la autoridad la obligación de expresar y explicar: 1) los derechos protegidos con la medida, 2) la restricción de derechos para el administrado que debe asumir la medida y 3) sopesar si es mayor el beneficio obtenido o mayor el perjuicio causado; si el beneficio es mayor la medida se justifica por ser proporcional, por el contrario, si la restricción de derechos o beneficios es superior a los beneficios obtenidos la medida será desproporcional.

Conclusiones

1. La potestad de imponer medidas preventivas en materia ambiental corresponde a una decisión discrecional de la administración y en consecuencia, al tenor del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, la misma debe ser adecuada a los fines establecidos en el artículo 4º de la Ley 1333 de 2009 y proporcional a los hechos en que se fundamenta como lo exige el artículo 36 de la misma Ley.

2. La medida preventiva de suspensión de obra, proyecto o actividad es la más grave de todas estas medidas, y el artículo 39 de la Ley 1333 de 2009 genera confusión cuando consagra tres (3) reglas para su imposición –i)

26 Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999).

peligro o daño, ii) carencia de autorización administrativa, iii) incumplimiento de las obligaciones de la autorización administrativa- lo que puede dar lugar a desconocer los principios de proporcionalidad y racionalidad y de contera la imposición de una orden de suspensión ilegal por apartarse de los fines o ser desproporcional a los hechos que la fundamentan.

3. Los principios de proporcionalidad y racionalidad actúan como limite para la administración al momento de imponer la medida preventiva de suspensión de obra, proyecto o actividad, tal como se deduce del artículo 36 de la Ley 1333 de 2009 y por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-703 de 2011), los cuales se deben desarrollar a través del análisis de la adecuación o idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, esta a su vez con el método de la ponderación expuesto por Robert Alexy y acogido por la Corte Constitucional Colombiana. ■

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2008.
- Amaya Navas, O. D. (2010). La potestad sancionatoria de la administración en la Ley 1333 de 2009. En O.D. Amaya Navas & García Pachón (Coomps.), *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental* (33-59). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Arcila Salazar, B. (2013). *Las medidas cautelares en el proceso ambiental*. En Revista Opin. jurid. vol.12 no.23 Medellín Jan./June 2013.
- Chile. Santiago, 12 de enero de 2010. Ley 20.417.
- Colombia. Congreso de la República (2009). Ley 1333. (21 de julio de 2009) "*Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*". Diario Oficial No. 47.417.
- Colombia. Congreso de la República (2011). Ley 1437. (18 de enero de 2011) "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*". Diario Oficial No. 47.956.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Concepto 4120-E2-29807. (23 de julio de 2014).

- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 631. (17 de marzo de 2015) *"Por la cual se establecen los parámetros y los valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público y se dictan otras disposiciones"*. Diario Oficial No. 49.486.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). Decreto 3678. (4 de octubre de 2010) *"Por el cual se establecen los criterios para la imposición de las sanciones consagradas en el artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009 y se toman otras determinaciones"*. Diario Oficial No. 47.852.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (1984). Decreto 1594. (26 de junio de 1984) *"por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979, así como el Capítulo II del Título VI - Parte III - Libro II y el Título III de la Parte III Libro I del Decreto 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos"*. Diario Oficial No. 36.700.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). Resolución 2086. (25 de octubre de 2010) *"Por la cual se adopta la metodología para la tasación de multas consagradas en el numeral 1o del artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009 y se toman otras determinaciones"*. Diario Oficial No. 47.876.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Resolución 909. (05 de junio de 2008) *"por la cual se establecen las normas y estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y se dictan otras disposiciones"*. Diario Oficial No. 47.051.
- Colombia. Presidencia de la República (2015). Decreto 1076. (26 de mayo de 2015) *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"*. Diario Oficial No. 49.523.
- Colombia. Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-448 de 1997. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-293 de 2002. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-872 de 2003. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-670 de 2004. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-822 de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-595 de 2010. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-703 de 2010. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-395 de 2010. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-724 de 2011. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia SU-172 de 2015. Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- González Villa, J. E. (2006). Derecho Ambiental Colombiano. Tomo II, parte especial. 1ª edición, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- González Villa, J. E. (2010). Los tipos de sanciones en la Ley 1333 de 2009. En O.D. Amaya Navas & García Pachón (Coomps.), *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental* (251-280). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 1, parte General. 1ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2013.
- Macías Gómez, L. F. (2015). Las tendencias del Derecho Ambiental: ¿hacia una visión jurídica diferente?. *Ámbito Jurídico*. Agosto de 2015.
- Ossa Arbeláez, J. (2009). Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. 2ª edición, Legis. Bogotá D.C. 2009.
- Páez Páez, I. A. & Rodríguez, G. A. (2013). *Las medidas preventivas ambientales, una aproximación desde el derecho administrativo*. En Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín. (Opin. jurid. vol.12 no.23 Medellín Jan./June 2013).
- Perú. Ministerio del Ambiente. Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.