



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018)

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Ref.: Expediente AP 85001-23-33-000-2017-00230-01

Acción popular - Auto

Actor: LUIS ARTURO RAMÍREZ ROA.

TESIS: SE REVOCAN LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR EL TRIBUNAL. LA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL LITERAL D) DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 472 DE 1998 PRESUPONE LA EXISTENCIA MATERIAL Y REAL DE UN DAÑO, PUES SU FINALIDAD ES DETERMINAR LA NATURALEZA DEL MISMO Y LAS MEDIDAS IDÓNEAS PARA MITIGARLO. EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO HACE PARTE DEL PATRIMONIO CULTURAL, EL CUAL PUEDE SER TANGIBLE O INTANGIBLE, NO OBSTANTE, AQUEL ESTÁ CONSTITUIDO POR BIENES MATERIALES O CORPORALES, POR LO QUE NO ES ACERTADO ADOPTAR UNA MEDIDA PREVENTIVA CON FUNDAMENTO EN LA INTANGIBILIDAD DEL MISMO, MÁS AÚN SI SE TIENE EN CUENTA QUE EL ICANH AFIRMÓ QUE EN EL MUNICIPIO DE TÁMARA NO SE HABÍAN DECLARADO ÁREAS ARQUEOLOGICAS PROTEGIDAS. LA FALTA DE CLARIDAD SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN EN TRATÁNDOSE DEL PATRIMONIO CULTURAL, IMPIDE ASUMIR LA EXISTENCIA DE RIESGOS O IMPACTOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD CUESTIONADA Y, POR ENDE, DAR APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN. EL PRINICIPIO DE PRECAUCIÓN DIFIERE DEL DE PREVENCIÓN (REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL), POR LO QUE NO ES PROCEDENTE APLICARLOS INDISTINTAMENTE.

DERECHOS COLECTIVOS PRESUNTAMENTE AFECTADOS: GOCE DE UN AMBIENTE SANO, AL AGUA, A LA PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL, CONSULTA PREVIA, SEGURIDAD ALIMENTARIA Y SALUBRIDAD PÚBLICA.

Se deciden los recursos de apelación oportunamente interpuestos por los apoderados de la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH-, Equión Energía Limited, Total E&P Colombia “TEPMA”, Talismán Colombia Oil & Gas LTD y Hocol S.A., contra el proveído de 19 de diciembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare, en adelante el Tribunal, a través del cual se decretó una medida cautelar.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El señor **LUIS ARTURO RAMÍREZ ROA**, en ejercicio de la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 472 de 5 de agosto de 1998¹, presentó demanda ante el Tribunal contra los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH-, la Autoridad Nacional de Licencias

¹ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

Ambientales –ANLA-, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –CORPORINOQUIA-, la Unión Temporal integrada por las empresas Total E&P Colombia “TEPMA”, Talismán Colombia Oil & Gas LTD y Hocol S.A., y la empresa Equión Energía Limited, tendiente a que se protegieran los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al agua, a la preservación y restauración del medio ambiente, defensa del patrimonio cultural, consulta previa, seguridad alimentaria y salubridad pública, entre otros.

I.2.- Los hechos que motivaron la acción, son en resumen los siguientes

Puso de presente que, la empresa Equión Energía Limited opera el proyecto petrolero Niscota Nueva en el Municipio de Paya del Departamento de Boyacá y los Municipios de Nuchía y Támara del Departamento de Casanare, con ocasión del contrato de explotación y exploración de hidrocarburos número 27 de 18 de septiembre de 2006, suscrito entre la ANH y la Unión Temporal TEPMA-HOCOL S. A., y TALISMAN COLOMBIA OIL & GAS LTD.

Resaltó que el referido contrato se firmó sin tener en cuenta los siguientes aspectos:

i.- En la zona se encuentra población indígena.

ii.- Es un área de importancia hídrica para el piedemonte llanero.

iii.- La Ordenanza 002 de 4 de marzo de 1998 declaró al cerro de Zamaricote como área de reserva forestal y natural, el cual se encuentra ubicado en el Municipio de Támara.

iv.- La Ordenanza 057 de 10 de agosto de 1999 declaró al Municipio de Támara patrimonio histórico y cultural del Departamento de Casanare.

v.- La Ordenanza 081 de 9 de mayo de 2000 creó el Sistema Departamental Ambiental de Casanare –SIDAC-, en el que se adoptaron disposiciones relacionadas con recursos naturales renovables y el medio ambiente en el Departamento.

vi.- En el Acuerdo 023 de 23 de diciembre de 2004, a través del cual el Concejo del Municipio de Paya dispuso el Esquema de Ordenamiento Territorial –EOT-, no existe aprobación de actividades minero-energéticas.

vii.- El EOT del Municipio de Támara, contenido en el Acuerdo 400.02.006 de 2011, estableció una serie de medidas de protección de fuentes hídricas y restringió las actividades de hidrocarburos.

viii.- El Acuerdo 400.00.004 de 31 de mayo de 2015 declaró al Municipio de Támara como reserva de protección del ambiente sano y especial, así como a las cuencas hídricas y nacederos como reservas naturales para el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades y la sabiduría de la población, frente a las posibles afectaciones que puedan derivarse de la actividad minera en el Municipio. Asimismo, el artículo segundo prohibió cualquier intervención minera energética en las áreas de protección especial.

ix.- El informe de Ingeominas de 2 de mayo de 2006 dispuso que en la zona de impacto directo del proyecto Niscota Nueva, existían posibilidades de sísmica.

Señaló que, de acuerdo con la Ordenanza 057 del 10 de agosto de 1999, la ejecución del proyecto Niscota Nueva no es viable en el Municipio de Támara, ante la existencia de normativa que prohíbe este tipo de actividades, más aún si se tiene en cuenta que atentan contra recursos naturales protegidos que se encuentran en el área

de influencia de este Proyecto, como lo son: los cerros Santa Bárbara, San Antonio, San Vicente y El Piojo.

Precisó que, el área concesionada por la ANH difiere de la autorizada en la licencia ambiental expedida por la ANLA contenida en la Resolución nro. 1315 de 31 de octubre de 2014, toda vez que, en esta última no se incluyeron los Municipios de Yopal y Paz de Ariporo, como sí ocurrió en el contrato suscrito con la ANH.

Puso de manifiesto que, contrario a la Certificación OFI10-47280-GCP-0201 del 14 de diciembre de 2010, en la cual el Ministerio del Interior señala que en el área del proyecto no se registran comunidades indígenas, en dicha zona hay presencia de asentamientos indígenas que hacen parte de la comunidad U'wa que se encuentran en el resguardo denominado Chaparral Barro Negro, en la jurisdicción del Municipio de Támara, razón por la que se debió llevar a cabo la consulta previa. El referido resguardo fue constituido mediante Resolución nro. 095 de 10 de diciembre de 1986, expedida por el INCORA.

Señaló que, dentro de las fuentes hídricas de influencia del proyecto se encuentran las siguientes: los ríos Orinoco, Cravo Sur, Tocaría, Casanare, Ariporo, Mata, Pauto, Payero, Nunchía y Bayagua y las quebradas La Honda, La Cacao, Torcosa, Picacha, La Volcana, La Zuquia, La Mochila, La Carbonera, Cañas, Tamuría, La Curuche, La Vidre y Mochilero.

Asimismo, expresó que la licencia ambiental autoriza la captación de aguas superficiales en unos caudales determinados sin tener un estudio hidrogeológico practicado por entidades estatales que demostrara su viabilidad.

De otra parte, señaló que las autoridades del orden territorial de las áreas de influencia del proyecto, así como Corporinoquía, no expidieron los permisos correspondientes para el desarrollo del mismo, tales como los necesarios para la utilización del suelo, uso de vías secundarias y terciarias, licencia de construcción para nuevas vías, entre otras.

Expuso que, en el trámite de licenciamiento ante la ANLA, se puso en evidencia que CORPORINOQUÍA no se había pronunciado respecto del Estudio de Impacto Ambiental presentado por Equion, en consecuencia, en atención a que se venció el término para ello, la ANLA consideró que la información obrante era suficiente para referirse a la solicitud de la licencia ambiental. A juicio del actor, la omisión de la Corporación Autónoma no encuentra justificación alguna y a su vez, pone de manifiesto que el Gobierno Nacional no cuenta con estudios técnicos para confrontar la realidad con lo informado por la empresa operadora del proyecto.

Indicó que, la Licencia Ambiental contenida en la Resolución nro. 1315 de 2014, exige la utilización de vías existentes y la creación de nuevas en el Área de Perforación Exploratoria –APE-, cuyo ecosistema es muy frágil e inadecuado para el tráfico pesado. Pese a ello, la ANLA concedió la licencia sin importar los impactos irreversibles que esta actividad genera en la naturaleza y en la comunidad y sin emplear mecanismos que permitan mitigar el riesgo o proteger el medio ambiente.

Sostuvo que la licencia en mención autoriza la aspersión de aguas tratadas en las vías internas del APE con fundamento en el Estudio de Impacto Ambiental –EIA- realizado por la empresa operadora. Consideró que la aspersión, como fue presupuestada, implica una contaminación diaria en la zona.

I.3.- En el acápite de pretensiones, solicitó:

-. Que se adoptaran las medidas de carácter preventivo, precautorio y progresivo que permitan proteger el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias.

-. Que se ordene a Corporinoquía la realización de un Plan Integral de Manejo Ambiental del Departamento de Casanare.

-. Que se ordene al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que adopte un instrumento de gestión ambiental para la evaluación y control de los impactos acumulativos directos e indirectos generados por la actividad petrolera del proyecto petrolero NISCOTA NUEVA, con participación efectiva de las comunidades residentes, bajo un enfoque de derechos para las comunidades vulnerables y étnicas habitantes del área.

- . Que se ordene a la ANLA y a Corporinoquía que, en el marco de sus competencias, revoquen las licencias ambientales otorgadas y nieguen las licencias ambientales y permisos en trámite para la exploración y explotación de hidrocarburos en lo que respecta al proyecto petrolero NISCOTA NUEVA.

- . Que se ordene a la ANH que efectúe las actuaciones necesarias tendientes a dejar sin efecto el contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos 27 de 2006, suscrito con la Unión Temporal TEPMA, TALISMAN OIL GAS LTD., Y HOCOL S.A. y se abstenga de suscribir contratos o cualquier otro tipo de concesiones para la exploración o explotación de hidrocarburos en el Departamento de Casanare, en áreas donde se ha establecido la prohibición de minería y actividades hidrocarburíferas, por parte de las entidades regionales o locales.

- . Que se ordene a la ANH y a la ANLA abstenerse de celebrar contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y expedir licencias ambientales para ejecutar proyectos petroleros en el Departamento de Casanare, con desconocimiento de los principios de prevención y precaución, hasta tanto no se tengan los estudios hidrogeológicos, de fauna, flora y costo de pasivos ambientales,

sociales y económicos del Departamento de Casanare, socializados con las comunidades y aprobados por ellas.

I.4.- En el acápite de medida cautelar, el actor solicitó lo siguiente:

a-. Que se ordene de manera inmediata la cesación de las actividades derivadas de la ejecución del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos 27 de 18 de septiembre de 2006, suscrito entre la ANH y la Unión Temporal TEPMA, TALISMAN OIL GAS LTD., Y HOCOL S. A.

b-. Que se ordene, con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, la realización de los estudios para establecer la naturaleza del daño ambiental en el área de impacto directo e indirecto generado por la actividad de hidrocarburos, con el fin de que se establezcan las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

c -. Que se ordene la suspensión de los efectos de la Licencia Ambiental contenida en la Resolución nro. 1315 del 31 de octubre de 2014, expedida por la ANLA.

II.- FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *a quo*, en proveído de 19 de diciembre de 2017, dispuso lo siguiente:

“[...] SEGUNDO: DECRETAR las siguientes medidas cautelares.

a.- PROHIBIR cualquier actividad material de exploración y explotación de hidrocarburos en la zona **arqueológica** y cultural de Támara, hasta tanto se tenga claridad sobre la no afectación de la misma a causa de la ejecución del Contrato 27 de 2006 celebrado entre la ANH y la UNIÓN TEMPORAL TEPMA-HOCOL S.A. integrada actualmente por las EMPRESAS TOTAL E&P COLOMBIE “TEPMA”, TALISMÁN COLOMBIA OIL & GAS LTD y HOCOL S.A.

La verificación en campo de la efectiva exclusión de cualquiera de dichas actividades en esa área estará a cargo de la ANLA, CORPORINOQUÍA, el MINISTERIO PÚBLICO y ALCALDE y PERSONERO MUNICIPAL DE TÁMARA; autoridades todas que conjunta o separadamente deberán advertir al Tribunal, de inmediato en cuanto se conozca, cualquier infracción a este mandato. Por Secretaría, comuníquese a la brevedad a las autoridades que no son parte en este proceso.

Teniendo en cuenta que la Personería Municipal de Támara no es sujeto procesal, por Secretaría REMÍTASELE copia de la presente providencia, para su conocimiento y demás efectos.

b.- DECRETAR la práctica de una prueba pericial, cuyo objeto, términos y demás condiciones son los señalados en la parte considerativa.

TERCERO: NEGAR las demás medidas cautelares solicitadas.

[...]”.

Para el efecto el Tribunal puso de manifiesto que, en relación con las medidas solicitadas en los numerales a y c, referenciadas en el acápite anterior, al revisar la demanda y la solicitud de las cautelas, advirtió afirmaciones abstractas de las que no se evidencian aspectos concretos que permitan inferir una amenaza o violación de los derechos colectivos cuya protección se invoca, más aún si se tiene en cuenta que las entidades demandadas se opusieron a dicha solicitud con argumentos serios fundamentados en estudios de impacto ambiental allegados para el otorgamiento de la correspondiente licencia ambiental.

Asimismo, puso de presente que en los escritos de oposición se dejó claro que se excluyó de las actividades de exploración y explotación al Cerro de Zamaricote, acuíferos, aguas superficiales e internas, lo cual se encuentra debidamente acreditado y desvirtúa las afirmaciones del actor.

Ahora bien, en relación con la protección del patrimonio histórico y cultural del Municipio de Támara, respecto del cual la Unión Temporal y la empresa Equión Limited, manifestaron tener una política de preservación y la adopción de medidas necesarias para su protección, adujo que no bastaban las buenas intenciones ni una descripción completa de todo el potencial arqueológico de la zona licenciada, dado que la zona arqueológica y cultural del Municipio de Támara es intangible y, por tanto, en atención a los principios de prevención y precaución, debe ser prohibida cualquier actividad.

De otra parte, señaló que, en relación con las demás zonas protegidas por las Ordenanzas del Departamento de Casanare y los Acuerdos de los Municipios de Paya y Támara, no habían suficientes elementos de juicio que permitieran establecer su afectación, más aún si se tiene en cuenta que no se ha empezado a ejecutar ninguna actividad material en desarrollo del Contrato 27 de 2006.

Agregó lo siguiente:

"[...] Por lo demás, la confrontación del ordenamiento territorial con el licenciamiento y las políticas públicas de orden nacional, así como la identificación de los límites de las competencias concurrentes de dichas autoridades, incluidos el espectro de

principio de rigor subsidiario, son aspectos con fronteras difusas y dinámicas jurisprudenciales pendulares, especialmente en el Consejo de Estado, las que este Tribunal conoce desde cuando se ocupó de diversas consultas populares; la línea de la Corte Constitucional ha variado significativamente, a favor de las regulaciones territoriales, avances que también tiene presentes la Corporación pero su aplicación en concreto requiere demostración fáctica prudente y confiable, pues no basta únicamente la argumentación teórica para dar por sentado peligro, amenaza o daño relevante para los derechos e intereses colectivos que deban protegerse por el juez popular [...]”.

Finalmente, en relación con la medida cautelar enunciada en el literal b del acápite anterior, argumentó que dicha medida se encuentra enunciada en el literal d) del artículo 25 de la Ley 472². En consecuencia, consideró que comoquiera que hasta ahora contaban con pruebas aportadas por las entidades accionadas, era urgente tener un estudio objetivo, imparcial y proveniente de una entidad especializada sobre el tema, razón por la que accedió a

² Ley 472. Artículo 25: 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:

[...]

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 para mitigarlo.

[...]”.

dicha medida y decretó una prueba pericial en los siguientes términos:

“[...] i.- Analizar si la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos a que se refiere el Contrato 027 de 2006 suscrito entre la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la UNIÓN TEMPORAL TEPMA-HOCOL S.A. integrada actualmente por las EMPRESAS TOTAL E &P COLOBIE “TEPMA”, TALISMÁN COLOMBIA OIL & GAS LTD Y HOCOL S.A. y cuyo operador es EQUIÓN ENERGÍA LIMITED, atenta contra el ambiente y los recursos naturales ubicados en la zona autorizada para operar, con prioridad respecto de las que ya tienen EIA, PMA y licencias para proyectos específicos de exploración, como para las demás que en el futuro pretendan afectarse dentro del bloque objeto de dicho contrato. En el dictamen deberán diferenciarse claramente unas y otras y precisarse las medidas de mitigación, remediación o prevención a que haya lugar, acorde con el nivel de avance de las actividades exploratorias, de producción, de transporte u otras de la industria petrolera.

Para tal efecto deberán realizarse las pruebas de campo y demás que sean necesarias.

ii.- Analizar si las exclusiones, prohibiciones, restricciones y medidas establecidas en la licencia ambiental contenida en la Resolución 1315 de 2014 y su modificación hecha en la Resolución 0328 de 2015, ambas emitidas por la ANLA, contrarrestan la afectación al ambiente y los recursos naturales en las zonas indicadas en el numeral anterior, o si simplemente lo mitigan y en qué grado y por qué. Así mismo, si las medidas previstas en los estudios de impacto ambiental presentados por las entidades demandadas para el otorgamiento de la licencia ambiental y las adoptadas en las resoluciones mencionadas son suficientes para esos fines o si faltan algunas y en el último caso indicar cuáles deben adoptarse adicionalmente y por qué.

Para esos efectos, revisarán los estudios hidrogeológicos disponibles en los antecedentes ambientales del licenciamiento, los que tengan en su poder otros organismos oficiales y los demás que los expertos puedan consultar u obtener; si tales

estudios no existen o no son suficientes, se indicará cuáles se requieren, qué alcances deben tener y qué entidades oficiales, instituciones académicas o de investigación o expertos de reconocida solvencia e independencia frente a las partes (perfiles deseables) podrían ejecutarlos si fueren necesarios, costo probable y duración de los mismos.

iii.- Verificar con pruebas de campo y demás que sean necesarias, si en la zona a que se refiere el Contrato 27 de 2006 existen comunidades indígenas, precisando cuáles, dónde están ubicadas geográficamente y cómo están integradas.

iv.- Establecer a través de prueba de campo y las demás que sean necesarias, cómo está integrado el patrimonio histórico y cultural en el municipio de Támara – Casanare y su posible afectación a través de exploraciones y explotaciones de hidrocarburos a que se refiere el Contrato 027 de 2006 [...]”.

Ordenó que la referida prueba debía ser practicada por el Servicio Geológico Colombiano, para lo cual deberá, en el término de cinco días contados a partir de la notificación de la providencia, designar un equipo interdisciplinario cuyo director o coordinador debe ser un ingeniero con experiencia relacionada en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y, ojalá, con conocimientos especializados en ambiente, los cuales también deberán acreditarse. Asimismo, dispuso que una vez cumplido dicho plazo, dentro de los cinco días siguientes, la autoridad debía informar sobre la designación realizada, con el fin de que en un término igual se efectuara la posesión del perito responsable de la rendición del dictamen.

Para la práctica de la prueba, concedió un término de dos meses contados a partir de la posesión del perito.

Los gastos de la práctica de la experticia fueron fijados en los siguientes términos:

“[...] Para efectos de la práctica de la experticia se fija por anticipado a título de depósito para cubrir gastos reembolsables la suma de \$ 100.000.000 que cubrirán pasajes aéreos para la posesión del perito, desplazamiento del perito y sus asistentes para las actividades de campo y las demás que se requieran para realizar sus estudios, alquiler de equipos especializados o pago de pruebas de laboratorio a que haya lugar, manutención, alojamiento de los mismos y demás necesarios para el efecto. Si sobren se imputarán a los honorarios que se fijen en su oportunidad.

Esta suma DEBERÁ ser cubierta por el FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, por la ANLA, por la UNIÓN TEMPORAL TEPMA-HOCOL S.A. integrada por las EMPRESAS TOTAL E&P COLOMBIE “TEPMA”, TALISMÁN COLOMBIA OIL & GAS LTD y HOCOL S.A y por la operadora EQUIÓN ENERGÍA LIMITED, a razón de una tercera parte, esto es, \$25.000.000 cada una, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta providencia.

[...]

La Corporación ordenará la entrega al perito de las simas, previa justificación que amerite, aclarando que se podrán efectuar entregas parciales.

El perito, con el concepto escrito que deberá rendir a más tardar en el plazo ya señalado deberá relacionar los gastos efectuados y acreditar en debida forma su inversión.

Lo anterior, sin perjuicio de que si fuere necesario más dinero para gastos de la pericia, por auto separado y en la medida en que se requieran, se fijarán [...]”.

En relación con la contradicción del dictamen, señaló que esta debía surtirse en audiencia, en la que los sujetos procesales podrán solicitar la adición, aclaración y/o corrección a que haya lugar o, si es del caso, objetarlo.

Finalmente, señaló que, en lo que concierne a las Ordenanzas y Acuerdos a que hace alusión el actor en su escrito de demanda, no se encuentra demostrada la amenaza o vulneración a los derechos colectivos, salvo lo relacionado con la protección del patrimonio histórico y cultural del Municipio de Támara, para lo cual deben aplicarse los principios de precaución y prevención, razón por la que estimó que es necesario prohibir cualquier intervención en el sector hasta tanto se tenga claridad sobre la no afectación o puesta en peligro.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

III.1.- La ANH puso de manifiesto que, la medida cautelar fue decretada sin estar soportada en un supuesto fáctico, toda vez que no existe un daño, real, actual o técnicamente determinado.

Resaltó que, pese a que el Tribunal advirtió que el escrito de demanda era confuso y no permitía configurar ni delimitar un hecho dañoso o vulneración a un derecho colectivo, aun así, decretó dos medidas cautelares.

En relación con la prohibición de actividades en la zona arqueológica y cultural del Municipio de Támara, señaló que la Ley obliga a la protección del patrimonio cultural e histórico, razón por la que la autoridad ambiental en la licencia ambiental delimitó las actividades técnicamente exigibles y necesarias, las cuales han sido cumplidas por la operadora del proyecto. A su juicio, ello indica que la orden del Tribunal no está soportada legal ni fácticamente.

Consideró que el Juez popular ha invadido las competencias de otras entidades estatales que tienen a su cargo la vigilancia de la ejecución de actividades de exploración y explotación, a partir de una predisposición negativa hacia tales prácticas.

Señaló que la acción popular no es el medio idóneo para controvertir las licencias ambientales ni contratos que tengan por objeto la exploración o explotación de hidrocarburos.

Asimismo, adujo que la acción popular fue instituida como mecanismo de defensa ante la existencia de un daño, el cual no se advierte en el caso concreto por cuanto “[...] lo argumentado alrededor del presunto daño NO es producto de un conocimiento técnico o científico, por el contrario nace o surge de la intuición o sentimiento de prevención que identifica la actividad industrial de exploración y producción de hidrocarburos [...]”.

Puso de presente que la Jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que el daño debe ser real y cierto aún en sus categorías de peligro o amenaza y no puede corresponder al peligro o daño que genéricamente recae en toda actividad humana.

Señaló que presumir que “toda actividad de exploración y explotación conlleva un riesgo gravoso” no encuentra sustento lógico, probatorio ni científico, teniendo en cuenta que los avances

técnicos y tecnológicos en las diferentes áreas del conocimiento han permitido al ser humano realizar actividades agrícolas, comerciales e industriales en plena armonía con el cuidado y respeto por el ambiente y otros derechos colectivos como el cultural e histórico, lo que se conoce comúnmente como desarrollo sostenible.

Anotó que, en el caso concreto, la licencia ambiental y su modificación, contenidas en las Resoluciones 1315 de 2004 y 0328 de 2015, demuestran que se pueden desarrollar actividades de exploración y explotación en armonía con la conservación y preservación de los derechos colectivos, pues para su emisión fue necesario pasar por un proceso de análisis e investigación que arrojó la fuente del recurso, las cantidades eficientes y las condiciones temporales de su uso.

Agregó lo siguiente:

“[...] Lo que se pretende, no es negar que la actividad petrolera genera impactos al medio ambiente, sino demostrar, que existe certeza del impacto en la exploración y por ende certeza de los mecanismos propios para su mitigación previstos en una autorización legal denotada en una licencia ambiental, en virtud del principio de prevención, “el cual se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto

es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente" [...]".

Precisó que, de otra parte, la medida cautelar tiene como fin anticipar la futura decisión y garantizar que las consecuencias del fallo tengan aplicación jurídica y fáctica y su emisión debe estar soportada en un mínimo jurídico y probatorio. En consecuencia, comoquiera que en el caso concreto se demostró la inexistencia de un daño o vulneración a un derecho colectivo, la medida decretada no encuentra sustento alguno.

Consideró que el peritaje ordenado es demasiado amplio, pues versa sobre aspectos ambientales, culturales, históricos, revisión de licencias ambientales e investigación sobre la presencia de comunidades indígenas, lo cual se debe a la indeterminación de un daño o hecho en concreto que hace que el juez se arroge competencias de otras autoridades administrativas.

A su juicio, el literal d) del artículo 25 de la Ley 472, en virtud del cual se fundamentó el Tribunal para decretar la medida, fue mal interpretado, en atención a que con este no se debe pretender

suplir la actividad probatoria del actor y menos, trasladar la etapa probatoria a la medida cautelar, pues con ello se desnaturaliza el proceso si se asume que el Despacho pretende resolverlo de fondo con la medida cautelar.

Expresó que la norma en comento tiene aplicación ante la existencia de un hecho dañoso, pues la medida cautelar pretende examinar su naturaleza y magnitud así como las medidas para mitigarlo. Agregó lo siguiente:

“[...] En pocas palabras el juez popular sin contar con una base fáctica entra a revisar absolutamente todas las aristas de las licencias ambientales y la ejecución de las mismas llegando a revisar su legalidad (asunto propio de la acción de nulidad), validez y certeza sin científica de forma genérica y sin una sola prueba o indicio de error, yerro o equivocación, sin dudas un activismo judicial inaceptable [...]”.

Ahora, en relación con la aplicación del principio de precaución, explicó que la Corte Constitucional en sentencia T-1077 de 2012, estableció los requisitos para hacer uso del mismo, los cuales son:

- i) existencia de un peligro de daño; ii) que sea grave e irreversible;
- iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea absoluta;
- iv) que la decisión de la autoridad propenda por impedir la

degradación del medio ambiente; y v) que el acto contentivo de la decisión esté motivado.

Indicó que, los presupuestos referidos no se cumplen en el caso concreto y, además, no existe prueba que tenga conexidad entre la actividad realizada con la presunta afectación de los derechos colectivos que se alegan.

III.2.- Las empresas EQUIÓN ENERGÍA LIMITED, HOCOL S.A., TALISMÁN COLOMBIA OIL & GAS LTD Y TOTAL E&P COLOMBIE, además de reiterar los argumentos expuestos por la ANH relacionados con la inexistencia de un sustento fáctico, jurídico y probatorio que fundamente la acción constitucional y el decreto de las medidas cautelares ordenadas por el Tribunal, así como la indebida aplicación del principio de precaución y la incongruencia de la motivación con la decisión, adujeron que, ante la suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos por la posible afectación al patrimonio cultural, histórico o arqueológico del Municipio de Támara, elevaron una petición ante el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH-, que es la autoridad

encargada del manejo y protección de áreas de patrimonio cultural incluyendo zonas arqueológicas, con el fin de que respondiera a los siguientes interrogantes:

- “[...] 1.- Indicar si en el Municipio de Támara, Casanare, existen áreas arqueológicas protegidas.
- 2.- Indicar si en el Municipio de Támara, Casanare, existen áreas arqueológicas reportadas.
- 3.- Indicar si la Alcaldía del Municipio de Támara, la Gobernación de Casanare, el Concejo Municipal de Támara, Casanare, algún miembro de la comunidad o cualquier otra persona ha solicitado que se reconozca algún área del Municipio de Támara, Casanare, como zona arqueológica protegida [...]”.

Aseguraron que, en respuesta, el ICANH informó que en el Municipio de Támara: i) no existen áreas arqueológicas protegidas; ii) que en el Sistema Atlas Arqueológico de Colombia no se encuentran sitios arqueológicos en ese ente territorial; y iii) que no existe reporte alguno en la entidad sobre la solicitud de cualquier persona que propenda por el reconocimiento de un área arqueológica protegida.

A juicio de las accionadas, lo anterior pone en evidencia que la medida cautelar fue decretada con fundamento en una falsa premisa, pues en el Municipio de Támara no hay zonas arqueológicas, aunado al hecho de que sí existe legislación por

parte del Ministerio de Cultura y del ICANH para proteger el patrimonio cultural, la cual no fue tomada en cuenta por el Tribunal, lo que torna en ilegal la cautela, por lo que es del caso levantarla.

Expresaron que el Tribunal desconoció el precedente que se originó en un caso similar al aquí estudiado, en el que se ordenó una medida cautelar igual, pues en esa ocasión se dispuso la suspensión transitoria de cualquier actividad petrolera por parte de la compañía PAREX RESOURCES COLOMBIA LTDA, con ocasión de la cual la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 5 de febrero de 2015 revocó la decisión por considerar que el Tribunal obró sin fundamento probatorio alguno.

Explicaron que el hecho de que una ordenanza hubiese declarado a un Municipio como patrimonio histórico y cultural del departamento, como es del caso, no significa que en dicho territorio existan áreas arqueológicas y culturales que no puedan ser intervenidas, más aún si se tiene en cuenta que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 2.6.2.24 del Decreto 1080 de 26 de mayo de 2015³, el

³ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura".

ICANH es el encargado de declarar, cuando proceda, Áreas Arqueológicas Protegidas y, si fuere el caso, delimitar el Área de Influencia respectiva.

Expusieron que la preservación y protección del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación es un asunto que ha sido regulado por las Leyes 397 de 7 de agosto de 1997⁴ y 1185 de 12 de marzo 2008⁵ y los Decretos 833 de 26 de abril de 2002⁶ y 1080 de 2015, razón por la que para ejecutar cualquier actividad que tengan planeada, deben radicar previamente ante el ICANH el respectivo Plan de Manejo Arqueológico, el cual debe ser estudiado y aprobado, de suerte que la protección de dicho patrimonio se garantiza con el referido Plan y no con la suspensión de las actividades, pues precisamente ello impide el descubrimiento.

⁴ "Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

⁵ "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones".

⁶ "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 en materia de Patrimonio Arqueológico Nacional y se dictan otras disposiciones".

Precisaron que, en el EIA presentado para la obtención de la licencia ambiental, se describió detalladamente el medio socioeconómico y se efectuó una caracterización del área de influencia directa e indirecta en relación con el componente histórico de los Departamentos de Boyacá y Casanare, se fijaron lineamientos de participación de la comunidad y de sus autoridades y se llevó a cabo una recopilación histórica de la dinámica de poblamiento y demás elementos esenciales que permiten a la empresa operadora proteger las zonas con eventual potencial de patrimonio cultural y arqueológico.

Consideraron que lo anterior desvirtúa la supuesta afectación al patrimonio arqueológico y cultural del Municipio de Támara, pues la empresa EQUIÓN se ha encargado de realizar el debido proceso de caracterización cultural y del patrimonio histórico y arqueológico del área al interior del EIA y, adicionalmente, en caso de que pretenda dar inicio a la actividad constructiva relacionada con el Proyecto, debe presentar un Plan de Manejo Arqueológico aprobado previamente por el ICANH, conforme lo ordena la Ley.

Agregó que la medida de prohibición es innecesaria y desproporcionada, por cuanto aún no están definidas las áreas específicas del polígono licenciado en las cuales se llevaran a cabo los trabajos de explotación, razón por la que no se sabe si estas pueden ser consideradas como arqueológicas o no.

De otra parte, argumentaron que el actor no cumple con las exigencias previstas en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- y en la Ley 472 de 1998, para el decreto de las medidas cautelares.

Pusieron de manifiesto que el Tribunal en auto de 22 de noviembre de 2017, denegó la solicitud de medidas cautelares de urgencia y, en relación con el estudio solicitado para establecer la naturaleza del daño ambiental, adujo que ello no tenía la connotación de medida cautelar sino de prueba, razón por la que optó por correr el traslado previsto en la norma respecto de las demás solicitudes y, por obvias razones, su oposición solamente se efectuó con fundamento en estas y no en el estudio solicitado.

Expresaron que, pese a lo anterior, en la providencia que se recurre el Tribunal los sorprendió al argumentar que en aquella oportunidad había cometido una imprecisión, pues el literal d) del artículo 25 de la Ley 472 sí contempla la posibilidad de ordenar estudios a título de medida cautelar, razón por la que era procedente acceder a dicha solicitud.

Arguyeron que, la anterior decisión vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, pues sin darles la oportunidad de pronunciarse al respecto, el Tribunal cambió abruptamente su posición y los sorprendió, pues ahora sí consideró que la medida decretada era de urgencia, lo que constituye una vía de hecho, más aún si se tiene en cuenta que no expuso ninguna otra argumentación tendiente a motivar la adopción de la misma.

Sostuvieron que, uno de los puntos objeto del dictamen pericial decretado era que el Servicio Geológico Colombiano verificara la existencia de comunidades indígenas en la zona del proyecto, lo que les resulta incongruente si se tiene en cuenta que, en el mismo auto, le otorgó plena validez a las certificaciones del INCODER y del

Ministerio del Interior que daban cuenta de la ausencia de tales comunidades en el área.

Adicional a lo anterior, destacaron que por previsión normativa expresa, la única autoridad competente para certificar la presencia o no de comunidades étnicas es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Ahora, en relación con los gastos de la prueba pericial, señalaron que, según el artículo 364 del CGP, los honorarios y gastos asociados a la práctica de pruebas deben ser asumidos por la parte que las pidió, que en este caso sería el actor. Agregaron que dicha obligación también se encuentra prevista en el artículo 40 del CPACA.

Por lo demás, pusieron de manifiesto que está pendiente que se resuelva el recurso interpuesto contra el auto que concedió el amparo de pobreza a favor del actor, en el que se argumentó que este era propietario de varios inmuebles en el país, lo que descarta su situación de pobreza. No obstante, manifestaron que, aun

cuando se mantuviese la decisión, los gastos de las pruebas decretadas deben estar a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos Colectivos, de conformidad con lo ordenado en el artículo 71 de la Ley 472.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso concreto se advierte que el actor fundamentó su solicitud de medidas cautelares en que el proyecto Niscota Nueva amenaza de forma inminente los nacaderos, el agua, el ambiente sano, la flora y fauna, el desarrollo sostenible y el uso del suelo, dado que la exploración y explotación que se adelanta en el Municipio de Támara se realiza sin los estudios científico legales que demuestren que tales aspectos no van a ser afectados, así como tampoco se cuenta con un instrumento de gestión y manejo ambiental.

Señaló que en caso de que se compruebe la afectación a los recursos en mención, se deben tomar las medidas necesarias sugeridas en los estudios realizados, para mitigar los impactos.

Agregó que, contrario a lo anterior, el proyecto se adelanta en contravía de las disposiciones normativas regionales y locales.

Argumentó que se requiere urgentemente la suspensión de la ejecución del proyecto Niscota Nueva, dado el rechazo que las comunidades han manifestado al respecto en defensa de su territorio y recursos naturales, pues no hay una entidad estatal que hubiese efectuado un estudio científico razonable que demuestre la no afectación, más aún si se tiene en cuenta que la experiencia del Departamento de Casanare con la actividad petrolera ha demostrado que el impacto ecológico, social, económico y cultural es impredecible, razón por la que es del caso aplicar los principios de prevención y precaución.

Por las anteriores consideraciones, el actor solicitó lo siguiente:

a-. Que se ordene de manera inmediata la cesación de las actividades derivadas de la ejecución del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos 27 de 18 de septiembre de 2006,

suscrito entre la ANH y la Unión Temporal TEPMA, TALISMAN OIL GAS LTD., Y HOCOL S. A.

b-. Que se ordene, con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, la realización de los estudios para establecer la naturaleza del daño ambiental en el área de impacto directo e indirecto generado por la actividad de hidrocarburos, con el fin de que se establezcan las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

c -. Que se ordene la suspensión de los efectos de la Licencia Ambiental contenida en la Resolución nro. 1315 del 31 de octubre de 2014, expedida por la ANLA.

De lo expuesto, resulta claro para la Sala que, a juicio del actor, las medidas cautelares solicitadas son procedentes, dada la inexistencia de un estudio técnico practicado por una entidad estatal que garantice que el medio ambiente en general y el patrimonio histórico y cultural del Municipio de Támara no va a ser afectado por los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos desarrollados en cumplimiento del proyecto Niscota Nueva y, en caso de que ello fuese así, se establezcan las medidas

necesarias para mitigar el impacto, amenaza inminente de los nacedores, el agua, el ambiente sano, la flora y fauna, el desarrollo sostenible y el uso del suelo.

En consecuencia, según el actor, resulta necesaria la práctica del estudio en mención, la cesación de las actividades de exploración y explotación ejecutadas con ocasión del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos 27 de 18 de septiembre de 2006 y la suspensión de los efectos de la licencia ambiental concedida por el ANLA para el efecto.

En relación con las solicitudes referidas en los literales a) y c), el Tribunal consideró que las mismas debían ser denegadas en atención a que el actor no hizo referencia a aspectos concretos que permitieran inferir amenaza o violación a los derechos colectivos cuya protección se invoca, pues por el contrario, se logró demostrar a lo largo de las intervenciones de las entidades accionadas que existen argumentos serios para su oposición y además cuentan con un Estudio de Impacto Ambiental –EIA- que se allegó para el otorgamiento de la licencia ambiental, concedida por el ANLA a

través de Resolución nro. 1315 de 2014 y su modificación contenida en la Resolución nro. 0328 de 2015.

Lo anterior, aunado al hecho de que el Cerro Zamaricote, los acuíferos y las aguas superficiales e internas se encuentran excluidas de las actividades de exploración y explotación.

No obstante, en relación con la protección del patrimonio histórico y cultural del Municipio de Támara, el Tribunal puso de manifiesto que las empresas accionadas adujeron que adoptarían las políticas necesarias para su protección y, aunado a ello en la licencia ambiental se efectuó una descripción completa del potencial arqueológico de la zona y un plan de manejo con actividades específicas para prevención, mitigación, corrección y compensación de los posibles impactos que se puedan llegar a presentar en este aspecto. A su juicio, ello no es suficiente, dado que la zona arqueológica y cultural de dicho ente territorial es intangible, razón por la que era necesario prohibir cualquier actividad en atención a los principios de prevención y precaución.

Ahora, en relación con la medida solicitada en el literal b), indicó que inicialmente, en el auto que ordenó correr traslado a las demás cautelas solicitadas, consideró que esta no ostentaba tal calidad, sin embargo, al estudiar nuevamente la solicitud advirtió que dicha medida está prevista expresamente en el literal d) del artículo 25 de la Ley 472. En consecuencia, dada la falta de un estudio objetivo, imparcial y proveniente de una entidad especializada en el tema, determinó que era urgente decretarlo, con el fin de establecer: i) si la actividad exploración y explotación de hidrocarburos cuestionada atenta contra el ambiente y los recursos naturales; ii) si las medidas establecidas en la licencia ambiental y su modificación contrarrestan la afectación del ambiente y los recursos naturales; iii) si en la zona existen comunidades indígenas; y iv) determinar cómo está integrado el patrimonio histórico y cultural.

Siendo ello así, la Sala advierte que la orden de suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en la zona arqueológica y cultural del Municipio de Támara fue dictada con el fin de proteger el derecho colectivo al patrimonio cultural del

referido ente territorial y no para resguardar los derechos colectivos relacionados con el medio ambiente, respecto de los cuales no encontró amenaza alguna, toda vez que, entre otras observaciones, las empresas accionadas elaboraron un EIA que sirvió de fundamento para la concesión de la licencia ambiental por parte de la ANLA.

Por su parte, la prueba pericial decretada tuvo como fundamento la creencia del Tribunal de que el literal d) del artículo 25 de la Ley 472 le otorga la posibilidad de decretar la prueba a título de medida cautelar, la cual, le resulta urgente, dada la inexistencia de un estudio objetivo e imparcial, lo que indica que esta orden no tuvo como punto de partida la existencia de un daño o peligro de ocurrencia del mismo, el cual, por demás, fue descartado cuando desestimó el resto de medidas solicitadas, por considerar que no advertía hechos concretos que dieran cuenta de una amenaza o violación a los derechos colectivos relacionados con el medio ambiente, además de la existencia de un EIA, como se anotó en el párrafo que antecede.

Por lo expuesto, corresponderá a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) determinar el alcance del literal d) del artículo 25 de la Ley 472 y, en consecuencia, establecer si la prueba pericial decretada por el Tribunal se enmarca en los presupuestos de hecho previstos en la norma *ibidem*; y ii) si se encuentra ajustada a derecho la decisión de suspender cualquier actividad material de exploración y explotación de hidrocarburos en la zona arqueológica y cultural del Municipio de Támara, hasta tanto no se tenga claridad sobre la no afectación de la misma, lo cual constituye uno de los aspectos a analizar en la prueba pericial decretada.

Del alcance del literal d) del artículo 25 de la Ley 472

Las medidas cautelares al interior de la acción popular se encuentran reguladas por el artículo 25 de la Ley 472, el cual le otorga la facultad al Juez constitucional para que, de oficio o a petición de parte, adopte las "medidas previas que estime pertinentes para **prevenir un daño inminente** o para **hacer**

cesar el que se hubiere causado⁷. Asimismo, enlistó de manera enunciativa las medidas cautelares que se podrán decretar, a saber:

“[...]a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando:

b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;

d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo [...]” (Negrillas fuera del texto).

Es de advertir que el CPACA en su artículo 229 dispuso que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos colectivos se regirán por lo dispuesto en el Capítulo XI *ibidem*.

En consecuencia, en atención a la existencia de dos normativas que regulan lo relacionado con las medidas cautelares al interior de las

⁷ Negrillas fuera del texto.

acciones populares, la Sala ya se pronunció acerca de la interpretación y armonización de las mismas.

Para el efecto, en auto de 13 de julio de 2017⁸ la Sala consideró que de la lectura del artículo 229 del CPACA podría pensarse que este deroga tácitamente lo dispuesto por la Ley 472 sobre la materia, pero lo cierto es que ambas disposiciones deben ser interpretadas de manera armónica. Tal es el caso del tipo de medidas a las que estaría autorizado a adoptar el juez popular para prevenir un daño inminente o hacer cesar el peligro que se hubiese causado. Al respecto, manifestó que la Ley 472 resulta ser más garantista que lo dispuesto en el Capítulo XI del CPACA, pues en esta última disposición las opciones del juez se restringen a las medidas cautelares enlistadas en el artículo 230, a diferencia de la Ley 472 que otorga amplias facultades para ello.

En consecuencia, en este aspecto se precisó que se debe entender que el Juez popular sigue estando facultado para decretar cualquier medida cautelar y en particular, si así lo considera necesario, las

⁸ Expediente núm. 2014-00223. Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

previstas en los artículos 25 y 230 de la Ley 472 y del CPACA, respectivamente.

Adicionalmente, en dicha oportunidad también se advirtió que las demás disposiciones del CPACA no ponen en riesgo las garantías ya otorgadas por la Constitución y la Ley 472 para la protección de los derechos colectivos, razón por la que era viable dar entera aplicación a las demás disposiciones del Capítulo XI del CPACA.

Siendo ello así, la Sala advierte que las medidas cautelares, en términos generales, fueron instituidas como un mecanismo de contingencia con distintas finalidades, como lo son: i) prevenir un daño inminente; ii) **hacer cesar el que se hubiese causado;** y iii) proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Ahora, en relación con la medida cautelar enunciada en el literal d) del artículo 25 de la Ley 472, la Sala advierte que esta busca, a través de un estudio técnico, establecer la naturaleza **de un daño,**

con el fin de determinar qué medidas son las más idóneas para mitigarlo de forma urgente.

De lo anterior, resulta claro para la Sala que la finalidad de dicha medida es la de **hacer cesar el daño que se hubiese causado**, para lo cual resulta necesario practicar un estudio técnico que identifique su naturaleza y las medidas para repelerlo. Siendo ello así, es evidente que para que proceda su práctica es necesaria la existencia material y real del daño.

Aclarado lo precedente, al revisar los argumentos del Tribunal para ordenar el estudio con fundamento en la norma en cita, la Sala observa que su práctica obedece a que, comoquiera que al interior del proceso solamente se cuenta con las pruebas aportadas por la parte accionada, era necesario tener un estudio objetivo e imparcial efectuado por una entidad especializada sobre el tema.

Bajo estos términos, la Sala considera que esta medida cautelar resulta a todas luces improcedente, pues no partió de la existencia de un daño, el cual, por demás, encontró descartado, como se

advierte en los argumentos expuestos para denegar las demás medidas cautelares solicitadas por el actor, sino de la ausencia probatoria, respecto de la cual la Ley 472 brinda la posibilidad al juez de que, en la etapa correspondiente, practique las pruebas que estime necesarias en pro de una decisión de mérito.

La finalidad por la cual el Tribunal decretó el estudio se aleja sustancialmente del objeto de las medidas cautelares, las cuales no fueron instituidas para remediar la falta probatoria sino para contener un perjuicio hasta tanto se dicte el fallo correspondiente.

En relación con el período probatorio al interior de la acción popular, la Ley 472 ordenó lo siguiente:

“Artículo 28º.- Pruebas. Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada ésta y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinente y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinente, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadísticas 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.

El juez practicará personalmente las pruebas; pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal.

En los procesos a que se refiere esta ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional.

Artículo 29º.- Clases y Medios de Prueba. Para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo que respecto de ellos se disponga en la presente Ley.

Artículo 30º.- Carga de la Prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere 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.

En 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.

Artículo 31º.- Pruebas Anticipadas. Conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Parágrafo.- Los jueces de la república le darán trámite preferencial a las solicitudes y prácticas de pruebas anticipadas con destino a los procesos en que se adelanten acciones populares.

Artículo 32º.- Prueba Pericial. En el auto en que se decrete el peritazgo se fijará la fecha de entrega del informe al juzgado y a

partir de esta fecha estará a disposición de las partes durante cinco (5) días hábiles. El informe del perito deberá rendirse en original y tres copias.

Los informes técnicos se valorarán en conjunto con el acervo probatorio existente, conforme a las reglas de la sana crítica y podrán tenerse como suficientes para verificar los hechos a los cuales se refieren.

El segundo dictamen es inobjetable y el juez podrá acogerlo en su sentencia.

[...]”.

Siendo ello así, la Sala revocará la medida cautelar decretada consistente en la práctica de la prueba pericial.

De la medida de suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en la zona arqueológica y cultural del Municipio de Támara

El actor en su escrito de demanda puso de manifiesto que el Municipio de Támara fue declarado por la Asamblea Departamental de Casanare en Ordenanza 057 de 10 de agosto de 1999 como patrimonio histórico y cultural del Departamento. Para el efecto, dicho acto ordenó lo siguiente:

“[...] Declárase al municipio de Támara como patrimonio Histórico y Cultural del Departamento de Casanare, en razón de su historia, tradiciones, bienes culturales, sus bienes muebles e inmuebles

materiales y no materiales y demás valores considerado Patrimonio Cultural por la Ley 397 de 1997 [...]”.

Por su parte, el Tribunal en el proveído apelado adujo que, en relación con la “protección del patrimonio histórico y cultural del Municipio de Támara”, las medidas previstas por las empresas accionadas para su protección no resultaban suficientes, por cuanto la “zona **arqueológica** y cultural” del referido Municipio era **intangible**, razón por la que en aplicación a los principios de prevención y precaución, era necesario prohibir cualquier actividad. En consecuencia, dictó la medida cautelar en los siguientes términos:

“[...] PROHIBIR cualquier actividad material de exploración y explotación de hidrocarburos **en la zona arqueológica** y cultural de Támara, hasta tanto se tenga claridad sobre la no afectación de la misma a causa de la ejecución del contrato 27 de 2006 [...]”
(Negrillas fuera del texto).

De lo anterior, advierte la Sala que el Tribunal se refiere inicialmente al patrimonio histórico y cultural y posteriormente dicta la medida para salvaguardar el patrimonio arqueológico y cultural del Municipio de Tamara, razón por la que se estima necesario

efectuar unas aclaraciones conceptuales para determinar si la medida cautelar decretada resulta procedente.

Del patrimonio cultural y arqueológico

Los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política ordenaron el deber de protección del patrimonio cultural de la Nación. La Normativa en comento previó lo siguiente:

“ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

ARTICULO 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

ARTICULO 72. **El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.** La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que

podrían tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica” (Negrillas fuera del texto).

En desarrollo de lo anterior, fue expedida la Ley 397 que fue modificada y adicionada por la Ley 1185, que definió el patrimonio cultural de la Nación en los siguientes términos:

“Artículo 4°. Integración del patrimonio cultural de la Nación. Modificado por el art. 1, Ley 1185 de 2008. El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.

a) Objetivos de la política estatal en relación con el patrimonio cultural de la Nación. La política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación tendrá como objetivos principales la salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación del mismo, con el propósito de que sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro.

Para el logro de los objetivos de que trata el inciso anterior, los planes de desarrollo de las entidades territoriales y los planes de las comunidades, grupos sociales y poblacionales incorporados a estos, deberán estar armonizados en materia cultural con el Plan Decenal de Cultura y con el Plan Nacional de Desarrollo y asignarán los recursos para la salvaguardia, conservación,

recuperación, protección, sostenibilidad y divulgación del patrimonio cultural;

b) Aplicación de la presente ley. Esta ley define un régimen especial de salvaguardia, protección, sostenibilidad, divulgación y estímulo para los bienes del patrimonio cultural de la Nación que sean declarados como bienes de interés cultural en el caso de bienes materiales y para las manifestaciones incluidas en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial, conforme a los criterios de valoración y los requisitos que reglamente para todo el territorio nacional el Ministerio de Cultura.

La declaratoria de un bien material como de interés cultural, o la inclusión de una manifestación en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial es el acto administrativo mediante el cual, previo cumplimiento del procedimiento previsto en esta ley, la autoridad nacional o las autoridades territoriales, indígenas o de los consejos comunitarios de las comunidades afrodescendientes, según sus competencias, determinan que un bien o manifestación del patrimonio cultural de la Nación queda cobijado por el Régimen Especial de Protección o de Salvaguardia previsto en la presente ley.

La declaratoria de interés cultural podrá recaer sobre un bien material en particular, o sobre una determinada colección o conjunto caso en el cual la declaratoria contendrá las medidas pertinentes para conservarlos como una unidad indivisible.

Se consideran como bienes de interés cultural de los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal, o de los territorios indígenas o de las comunidades negras de que trata la Ley 70 de 1993 y, en consecuencia, quedan sujetos al respectivo régimen de tales, los bienes materiales declarados como monumentos, **áreas de conservación histórica, arqueológica o arquitectónica**, conjuntos históricos, u otras denominaciones que, con anterioridad a la promulgación de esta ley, hayan sido objeto de tal declaratoria por las autoridades competentes, o hayan sido incorporados a los planes de ordenamiento territorial.

Así mismo, se consideran como bienes de interés cultural del ámbito nacional los bienes del patrimonio arqueológico;

c) Propiedad del Patrimonio Cultural de la Nación. Los bienes del patrimonio cultural de la Nación, así como los bienes de interés

cultural pueden pertenecer, según el caso, a la Nación, a entidades públicas de cualquier orden o a personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Los bienes que conforman el patrimonio arqueológico pertenecen a la Nación y se rigen por las normas especiales sobre la materia.

Parágrafo. Se reconoce el derecho de las iglesias y confesiones religiosas de ser propietarias del patrimonio cultural que hayan creado, adquirido con sus recursos o que estén bajo su legítima posesión. Igualmente, se protegen la naturaleza y finalidad religiosa de dichos bienes, las cuales no podrán ser obstaculizadas ni impedidas por su valor cultural.

Al tenor del artículo 15 de la Ley 133 de 1994, el Estado a través del Ministerio de Cultura, celebrará con las correspondientes iglesias y confesiones religiosas, convenios para la protección de este patrimonio y para la efectiva aplicación del Régimen Especial de Protección cuando hubieran sido declarados como de interés cultural, incluyendo las restricciones a su enajenación y exportación y las medidas para su inventario, conservación, restauración, estudio y exposición[...]" (Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, la Sala infiere que el patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos aquellos bienes materiales e inmateriales que expresan la nacionalidad colombiana y los bienes **materiales** muebles e inmuebles con especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como, entre otros, el arquitectónico, arqueológico o antropológico.

Por su parte, el patrimonio arqueológico, como se vio, es considerado como un bien material, el cual fue definido

específicamente por el artículo 6° de la Ley 397, modificado por el artículo 3° de la Ley 1185 como aquellos vestigios producto de la actividad humana y restos orgánicos e inorgánicos que, según los métodos y técnicas propias de la arqueología y otras ciencias afines, dan a conocer los orígenes y trayectorias socioculturales pasadas. La norma en comento prevé lo siguiente:

“Artículo 6°.- Patrimonio arqueológico. Modificado por el art. 3, Ley 1185 de 2008. El patrimonio arqueológico comprende aquellos **vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos** que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico.

De conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, los bienes del patrimonio arqueológico pertenecen a la Nación y son inalienables, imprescriptibles e inembargables. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, podrá autorizar a las personas naturales o jurídicas para ejercer la tenencia de los bienes del patrimonio arqueológico, siempre que estas cumplan con las obligaciones de registro, manejo y seguridad de dichos bienes que determine el Instituto.

Los particulares tenedores de bienes arqueológicos deben registrarlos. La falta de registro en un término máximo de 5 años a partir de la vigencia de esta ley constituye causal de decomiso de conformidad con el Decreto 833 de 2002, sin perjuicio de las demás causales allí establecidas.

El ICANH es la institución competente en el territorio nacional respecto del manejo del patrimonio arqueológico. **Este podrá declarar áreas protegidas en las que existan bienes de los descritos en el inciso 1° de este artículo y aprobará el**

respectivo Plan de Manejo Arqueológico, declaratoria que no afecta la propiedad del suelo.

Parágrafo 1°. Quien de manera fortuita encuentre bienes integrantes del patrimonio arqueológico, deberá dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Antropología e Historia o la autoridad civil o policiva más cercana, las cuales tienen como obligación informar del hecho a dicha entidad, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al encuentro.

Los encuentros de bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico que se realicen en el curso de excavaciones o exploraciones arqueológicas autorizadas, se informarán al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en la forma prevista en la correspondiente autorización.

Recibida la información, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, definirá las medidas aplicables para una adecuada protección de los bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico y coordinará lo pertinente con las autoridades locales. Si fuere necesario suspender en forma inmediata las actividades que dieron lugar al encuentro de esos bienes, podrá acudir a la fuerza pública, la cual prestará su concurso inmediato.

Parágrafo 2°. El patrimonio arqueológico se rige con exclusividad por lo previsto en este artículo, por el Decreto 833 de 2002, y por las disposiciones de esta ley que expresamente lo incluyan.”

Asimismo, es del caso precisar que las zonas en las que existan bienes de importancia arqueológica deben ser declaradas por el ICANH, el cual deberá aprobar el correspondiente Plan de Manejo Arqueológico.

Siendo ello así, resulta claro que, si bien, el patrimonio arqueológico hace parte del patrimonio cultural, el cual también

puede ser intangible o inmaterial, lo cierto es que aquel necesariamente está constituido por **bienes materiales o corporales**⁹, ya sean muebles o inmuebles, razón por la que la Sala considera que el argumento del Tribunal que refiere a la zona arqueológica del Municipio de Támara como intangible y por tanto debe ser protegida en virtud de los principios de prevención y precaución, no encuentra respaldo jurídico ni fáctico alguno y desconoce la normativa que regula la materia, más aún si se tiene en cuenta que el ICANH en respuesta a la petición de las empresas accionadas afirmó que a la fecha no existen áreas arqueológicas protegidas en dicho ente territorial.

En efecto, en escrito de 21 de diciembre de 2017, las empresas accionadas le plantearon al ICANH los siguientes interrogantes:

- “[...] 1.- Indicar si en el Municipio de Támara, Casanare, existen áreas arqueológicas protegidas.
- 2.- Indicar si en el Municipio de Támara, Casanare, existen áreas arqueológicas reportadas.
- 3.- Indicar si la Alcaldía del Municipio de Támara, la Gobernación de Casanare, el Concejo Municipal de Támara, Casanare, algún miembro de la comunidad o cualquier otra persona ha solicitado

⁹ El artículo 653 del Código Civil define los bienes corporales como “[...] los que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro [...]”.

que se reconozca algún área del Municipio de Támara, Casanare, como zona arqueológica protegida [...]”.

En Oficio de 12 de enero de 2018, radicado bajo el número 6524, el ICANH resolvió lo siguiente:

“[...] 1.- En el municipio a la fecha no existen áreas arqueológicas protegidas.

2.- En el sistema atlas arqueológicos de Colombia no se encuentran sitios arqueológicos identificados en este municipio, lo cual no implica que no existan, sino que aún no han sido reportados. Tal como lo indican las leyes colombianas que protegen el patrimonio arqueológico (Ley 397 de 1997, Decreto 833 de 2002, Ley 1185 de 2011, Decreto 1080 de 2015), todo el territorio nacional es susceptible de hallazgos arqueológicos, y para identificarlos es necesario adelantar investigación arqueológica en el lugar.

3.- En el Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH, no se ha reportado ninguna entidad o persona solicitando el reconocimiento de un área arqueológica protegida del Municipio de Támara –Casanare [...]”.

En consecuencia, la Sala observa que en la actualidad en el Municipio de Támara no se encuentran áreas arqueológicas protegidas y, en caso de evidenciar hallazgos de dicha naturaleza, la normativa que rige la materia establece los protocolos a seguir para efecto de su protección y conservación.

Ahora, en relación con el patrimonio cultural del Municipio de Támara, se advierte que, si bien, la Asamblea del Departamento de

Casanare mediante Ordenanza 057 de 10 de agosto de 1997, declaró a dicho ente territorial patrimonio histórico y cultural del Departamento, dada su historia, tradiciones, bienes culturales, bienes muebles e inmuebles materiales y no materiales, la Sala destaca que ni en el expediente ni el Tribunal particulariza de manera concreta qué aspectos constituyen tales elementos y en qué forma pueden verse afectados por la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos, los cuales tampoco se pueden inferir de la lectura del acto administrativo en mención.

La Sala destaca que las Leyes 397 y 1185 facultan a las autoridades territoriales a que, mediante acto administrativo, declaren un bien material o una manifestación como de interés cultural, evento en el cual, dicho bien queda cobijado por el Régimen Especial de Protección allí contemplado y, por su parte, las manifestaciones deben ser incluidas en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial.¹⁰

¹⁰ Artículo 4° de la Ley 397 que fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1185.

De igual forma, es de precisar que también son considerados como bienes de interés cultural en los ámbitos, entre otros, departamental y municipal, las áreas de conservación histórica, arqueológica o arquitectónica, conjuntos históricos u otras denominaciones, declarados, con anterioridad a la promulgación de la Ley, por las autoridades competentes o que hubiesen sido incorporados en los Planes de Ordenamiento Territorial.¹¹

Asimismo, la normativa en comento obliga a que la declaratoria de un bien material como de interés cultural debe contener un Plan Especial de Manejo y Protección, el cual deberá ser incluido en el Plan de Ordenamiento Territorial¹² y, por su parte, las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial deben ser incluidas en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial, eventos en los cuales también se deberá contar con un Plan Especial de Salvaguardia.

Al respecto, advierte la Sala que en el expediente no obra ninguno de los referidos documentos que permita establecer o identificar

¹¹ Supra nota 10.

¹² Artículo 11 ibidem.

una posible afectación al patrimonio cultural del Municipio de Támara, razón por la que resulta forzoso concluir que la medida cautelar decretada no encuentra respaldó fáctico alguno, por lo que deberá ser revocada.

Finalmente, en relación con los principios de prevención y precaución invocados por el Tribunal para justificar la medida cautelar decretada, la Sala conviene en hacer las siguientes precisiones:

Esta Sección ya se ha pronunciado respecto de la diferencia entre el principio de precaución y el de prevención. Para el efecto, explicó que el primero opera ante la falta de certeza científica o cualificada sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos de una actividad, pues, precisamente, la imposibilidad de demostrar plenamente los peligros de una actividad, producto o tecnología es lo que justifica la aplicación de dicho postulado. Por su parte, el segundo aplica en los eventos en que se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones de una determinada actividad, producto o

proceso, razón por la que resulta necesario anticiparse para evitar o mitigar los efectos nocivos.

Sobre el particular, la Sala en sentencia de 15 de diciembre de 2016¹³, expuso lo siguiente:

“[...]Sobre el primer aspecto, destaca la Sala que **resulta desacertado exigir certeza sobre los riesgos e implicaciones como condición para la aplicación del principio de precaución, toda vez que es justamente la incertidumbre sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos de una actividad (sus efectos, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su producción, etc.) lo que cualifica el ámbito de aplicación de este principio** y **permite distinguirlo del principio de prevención**¹⁴, también fundamental para la protección de los ecosistemas. En efecto, de acuerdo con lo explicado por esta misma Corporación en el auto de 20 de mayo de 2016¹⁵:

“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

¹³ Expediente 2011-00011-01. Consejero ponente Guillermo Vargas Ayala.

¹⁴ Sobre la diferencia entre principio de prevención y precaución, véase la sentencia C-703 de 2010 de la Corte Constitucional. También CLAUDIA GAFFNER-ROJAS. “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 21 y ss.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 20 de mayo de 2016, Rad. No. 73001 23 31 000 **2011 00611 01** (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

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 [...]

A diferencia del principio de prevención, llamado a operar en ámbitos en los cuales se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones ambientales de una determinada actividad, producto o proceso, de manera que resulta imperioso anticipar, evitar o mitigar sus efectos nocivos sobre los ecosistemas, el principio de precaución tiene como característica habilitar la toma de decisiones en escenario de incertidumbre ocasionada por la complejidad propia de la acción que se desarrolla en ámbitos técnicos o científicos. Es, entonces, un mecanismo que busca impedir la parálisis de las autoridades frente a la ausencia de certezas respecto de las eventuales consecuencias negativas de una actividad, producto o proceso *prima facie* legítimo, **así como la falta de resultados efectivos en la evitación de daños de la aplicación convencional de los instrumentos de policía administrativa contemplados para la generalidad de las situaciones reguladas por el Estado.** En últimas, como establece el numeral 6 del artículo 1 de la ley 99 de 1993, de conformidad con este principio, “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”. En esta misma línea, el Preámbulo de la CDB hace referencia a este principio, señalando 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". También apuntan en esta dirección el principio 15 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo¹⁶, el artículo 3.3 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁷ y el artículo 6 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces migratorios, adoptado el 14 de agosto de 1995 [...]” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Siendo ello así, La Sala considera que resulta impertinente la decisión del Tribunal de dar aplicación a los referidos principios indistintamente, más aún si se tiene en cuenta que, como se

¹⁶ **PRINCIPIO 15.** 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.

¹⁷ **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 deberán 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 deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberán 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.

explicó, en el caso concreto ni siquiera se especificó concretamente sobre qué aspectos particulares recaería la posible afectación. En consecuencia, ante la falta de claridad sobre el objeto de protección, no resulta apropiado asumir la existencia de riesgos o impactos derivados de la actividad cuestionada, ni mucho menos hacer uso de los principios de prevención y precaución sin diferenciación ni sustento fáctico alguno que así lo permita.

De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará en su totalidad las medidas cautelares decretadas en el proveído impugnado, conforme se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E

REVÓCANSE en su totalidad las medidas cautelares decretadas en el auto recurrido.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de 11 de abril de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS