

Fecha Providencia	14/05/2019
Fecha de notificación	14/05/2019

Sala: Sala de lo Contenciosos Administrativo

Subsección: null

Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés

Norma demandada: Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1076 de mayo 26 de 2015

Demandante: HERNANDO CASTRO SUÁREZ

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., 14 MAY 2019

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – MEDIDA CAUTELAR

Radicación: 11001-03-24-000-2015-00498-00

Demandante: HERNANDO CASTRO SUÁREZ

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Tema: IMPROCEDENCIA DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE UN DECRETO COMPILATORIA REGLAMENTARIO FRENTE AL CUAL NO PUEDE EXIGIRSE EL AGOTAMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA. MEDIDA INOCUA PUES EL DECRETO COMPILADO CONTINUA VIGENTE

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las disposiciones contenidas en las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"**, acto administrativo expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

1. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

I.1.1. El ciudadano **Hernando Castro Suárez**, actuando como delegado de las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas del Amazonas ante la Mesa Regional Amazónica, en ejercicio de acción pública de nulidad consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los efectos jurídicos de las disposiciones que hacen parte de las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"**, acto administrativo expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de la totalidad de las contenidas en el contenido del **Decreto 1791 de octubre 4 de 1996 "Por medio de la cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal"**.

I.2. Solicitud de suspensión provisional

I.2.1. En cuaderno separado de la demanda la parte actora solicita la suspensión provisional de las disposiciones que hacen parte de las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único**

Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible" - Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, expedido por el Presidencia de la República con la firma del Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

I.2.2. Para efectos de sustentar la cautela deprecada, la parte actora señala que, con la expedición del **Decreto 1791 de 1996** y su posterior compilación en el **Decreto 1076 de 2015**, «[...] *sin antes surtirse el trámite necesario e indispensable de la Consulta Previa, se está incurriendo en una violación directa de la Constitución Política de Colombia de 1991 y de los Convenios internacionales ratificados por Colombia, como lo es la Ley 21 de 1991*^[1], pero así mismo, se está afectando gravemente la protección especial que le ha dado el ordenamiento jurídico Colombiano a las comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación, toda vez que se les están transgrediendo su derecho a la participación y a la consulta previa frente a decisiones que están colocando en peligro su existencia como comunidad y como cultura amparada por el Estado colombiano [...]»^[2].

I.2.3. Argumenta que con la vigencia de los textos demandados se ha configurado una violación sistemática de los siguientes derechos contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991^[3]:

- Del **artículo primero** que establece el carácter participativo y pluralista del Estado colombiano, por cuanto no se le permitió, a las comunidades indígenas y de afrodescendientes, la oportunidad de participar en las decisiones que las afectan de manera directa.
- Del **artículo tercero** sobre democracia directa y participativa, como quiera que al no surtirse el trámite a la consulta previa se contravino el principio de soberanía popular que comporta la participación directa de las comunidades tribales en la toma de decisiones públicas.
- Del **artículo séptimo**, según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, toda vez que el desconocimiento del trámite de consulta previa impide la realización de valores tales como la tolerancia y el respeto, a la vez que acalla la opinión de los grupos minoritarios.
- Del **artículo noveno**, respecto del reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, porque la omisión de la consulta previa en la adopción del Régimen de Aprovechamiento Forestal, constituye un desconocimiento del compromiso adquirido por nuestro país, contenido en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, y
- Del **artículo trece**, mediante el cual se dispone que el Estado adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y protegerá, especialmente, a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y en tal sentido, la consulta previa es una medida que el Estado debe adoptar a favor de las comunidades tribales, históricamente discriminadas y marginadas^[4].

I.2.4. Concluye que la falta de aplicación de la Constitución Política y la omisión del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se «[...] *está generando una violación a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes y un grave desconocimiento de los tratados internacionales [...]»*^[5].

II.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

II.1. El Despacho ordenó dar traslado a la entidad demanda^[6], de la solicitud de medida cautelar presentada por el actor, para que en el término de (5) días se pronunciara sobre ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del CPACA, tal y como se observa a continuación:

II.2.Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El Ministerio, por intermedio de apoderada judicial, se pronunció en torno a la solicitud de suspensión provisional de los decretos acusados, manifestando su oposición a la misma, con base en las siguientes consideraciones:

II.2.1. Argumenta que, una vez revisado en el escrito mediante el cual el actor soporta la medida cautelar de suspensión provisional de los decretos citados, no se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 y en la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, referentes a «[...] *la evidencia ostensible y a primera vista de la violación flagrante de las normas legales*

señaladas en la demanda con la expedición del acto demandado, por cuanto el demandante sólo se circunscribe a realizar unas manifestaciones de orden personal, las cuales no tienen entidad jurídica, ya que en efecto no se demuestra de ninguna forma la violación que se esté generando con la norma demandada, para efectos de que la misma tenga que ser suspendida del ordenamiento jurídico [...]»[7].

II.2.2. Indica que una exigencia para decretar la medida cautelar de suspensión del acto acusado consiste, según la normativa vigente, en que el demandante demuestre, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos colectivos[8].

Al respecto anota que, teniendo en cuenta que la consulta previa esta instituida como derecho de las comunidades indígenas y afrodescendientes organizadas en entes legalmente constituidos y que gocen de personería jurídica, se concluye que el actor no está legitimado para obrar en nombre y representación de las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas de Amazonas ante la Mesa Regional Amazónica, pues no aporta prueba alguna que lo acredite como su delegado o como su representante legal; tampoco manifiesta las razones que le impedían a dichas asociaciones acudir, directamente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar la nulidad de los decretos enjuiciados; además, no expuso las razones por las cuales los decretos acusados afectan directamente sus derechos, ni hizo alusión a su condición de miembro de una comunidad indígena o afrodescendiente[9].

II.2.3. La apoderada judicial aduce que otra exigencia para la prosperidad del decreto de la medida cautelar radica, también, según la normativa vigente, en que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla[10].

Sobre este aspecto, la apoderada judicial del Ministerio señala que «[...] *el demandante se limita a citar las normas vulneradas por la supuesta omisión, a realizar una serie de apreciaciones, las cuales no cuentan con un soporte probatorio o con un argumento y/o justificación que permita concluir que resultaría gravoso para el interés público negar la medida cautelar que se pretende [...]»[11].*

II.2.4. Finalmente, la apoderada judicial del Ministerio indica, que tampoco se cumple una de las condiciones adicionales para efectos de decretar la medida cautelar, relacionada con el hecho de que «[...] *al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable [...]»[12].*

Sobre este aspecto se pronuncia en el sentido de manifestar que en la parte considerativa del Decreto 1076 de 2015 se señaló «[...] *“Que por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia”, por lo que la normativa de la que cual se pretende su suspensión, lo único que hizo fue compilar una serie de normas que llevaban suficiente tiempo vigentes y que además nunca habían sido demandadas desvirtuando el carácter de que su vigencia ocasione un perjuicio irremediable [...]»[13].*

III- CONSIDERACIONES DE LA SALA UNITARIA

III.1. Normas acusadas

La parte actora solicitó la suspensión provisional de las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"**, expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, disposiciones que son del siguiente tenor:

«[...] **PARTE 2**
REGLAMENTACIONES
TÍTULO 2
BIODIVERSIDAD
CAPÍTULO 1
FLORA SILVESTRE
SECCIÓN 1
DEFINICIONES

ARTÍCULO 2.2.1.1.1.1. Definiciones. Para efectos de la presente Sección se adoptan las siguientes definiciones:

Flora silvestre. Es el conjunto de especies e individuos vegetales del territorio nacional que no se han plantado o mejorado por el hombre.

Plantación Forestal. Es el bosque originado por la intervención directa del hombre.

Tala. Es el apeo o el acto de cortar árboles.

Aprovechamiento. Es el uso, por parte del hombre, de los recursos maderables y no maderables provenientes de la flora silvestre y de las plantaciones forestales.

Aprovechamiento forestal. Es la extracción de productos de un bosque y comprende desde la obtención hasta el momento de su transformación.

Aprovechamiento sostenible. Es el uso de los recursos maderables y no maderables del bosque que se efectúa manteniendo el rendimiento normal del bosque mediante la aplicación de técnicas silvícolas que permiten la renovación y persistencia del recurso.

Diámetro a la altura del pecho (DAP). Es el diámetro del fuste o tronco de un árbol medido a una altura de un metro con treinta centímetros a partir del suelo.

Reforestación. Es el establecimiento de árboles para formar bosques, realizado por el hombre.

Producto de la flora silvestre. Son los productos no maderables obtenidos a partir de las especies vegetales silvestres, tales como gomas, resinas, látex, lacas, frutos, cortezas, estirpes, semillas y flores, entre otros.

Productos forestales de transformación primaria. Son los productos obtenidos directamente a partir de las trozas como bloques, bancos, tablones, tablas y además chapas y astillas, entre otros.

Productos forestales de segundo grado de transformación o terminados. Son los productos de la madera obtenidos mediante diferentes procesos y grados de elaboración y de acabado industrial con mayor valor agregado tales como molduras, parquet, listón, machiembrado, puertas, muebles, contrachapados y otros productos terminados afines.

Términos de referencia. Es el documento que contiene los lineamientos generales y por el cual el Ministerio del Medio Ambiente o las corporaciones establecen los requisitos necesarios para realizar y presentar estudios específicos.

Usuario. Es toda persona natural o jurídica, pública o privada que aprovecha los recursos forestales o productos de la flora silvestre, conforme a las normas vigentes.

Plan de ordenación forestal. Es el estudio elaborado por las corporaciones que, fundamentado en la descripción de los aspectos bióticos; abióticos, sociales y económicos, tiene por objeto asegurar que el interesado en utilizar el recurso en un área forestal productora, desarrolle su actividad en forma planificada para así garantizar el manejo adecuado y el aprovechamiento sostenible del recurso.

Plan de establecimiento y manejo forestal. Estudio elaborado con base en el conjunto de normas técnicas de la silvicultura a que regulan las acciones a ejecutar en una plantación forestal, con el fin de establecer, desarrollar, mejorar, conservar y aprovechar bosques cultivados de acuerdo con los principios de utilización racional y manejo sostenible de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Plan de manejo forestal. Es la formulación y descripción de los sistemas y labores silviculturales a aplicar en el bosque sujeto a aprovechamiento, con el objeto de asegurar su sostenibilidad, presentando por el interesado en realizar aprovechamientos forestales persistentes.

Plan de aprovechamiento forestal. Es la descripción de los sistemas, métodos y equipos a utilizar en la cosecha del bosque y extracción de los productos, presentando por el interesado en realizar aprovechamientos forestales únicos.

Salvoconducto de movilización. Es el documento que expide la entidad administradora del recurso para movilizar o transportar por primera vez los productos maderables y no maderables que se concede con base en el acto administrativo que otorga el aprovechamiento.

Salvoconducto de removilización. Es el documento que expide la entidad administradora del recurso para autorizar la movilización o transporte parcial o total de un volumen o de una cantidad de productos forestales y no maderables que inicialmente había sido autorizados por un salvoconducto de movilización.

Salvoconducto de renovación. Es el nuevo documento que expide la entidad administradora del recurso para renovar un salvoconducto cuyo término se venció sin que se hubiera realizado la movilización o el transporte de los productos inicialmente autorizados, por la misma cantidad y volumen que registró el primer salvoconducto.

Parágrafo 1º.- Cuando en el presente Decreto se haga referencia a las corporaciones, se entenderá que incluye tanto a las corporaciones autónomas regionales como a las de desarrollo sostenible.

Parágrafo 2º.- Para efectos del presente Decreto, cuando se haga referencia al recurso, se entenderá que comprende tanto los bosques naturales como los productos de la flora silvestre.

(Decreto 1791 de 1996, Art. 1).

SECCIÓN 2.

PRINCIPIOS GENERALES SIRVEN DE BASE PARA LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN

ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1. Objeto. El presente Capítulo tiene por objeto regular las actividades de la administración pública y de los particulares respecto al uso, manejo, aprovechamiento y conservación de los bosques y la flora silvestre con el fin de lograr un desarrollo sostenible.

(Decreto 1791 de 199, Art. 2).

ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2. Principios. Los siguientes principios generales sirven de base para la aplicación e interpretación de la presente norma:

- a) Los bosques, en tanto parte integrante y soporte de la diversidad biológica, étnica y de la oferta ambiental, son un recurso estratégico de la Nación y, por lo tanto, su conocimiento y manejo son tarea esencial del Estado con apoyo de la sociedad civil.
- b) Por su carácter de recurso estratégico, su utilización y manejo debe enmarcarse dentro de los principios de sostenibilidad consagrados por la Constitución Política como base del desarrollo nacional;
- c) Las acciones para el desarrollo sostenible de los bosques son una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad y el sector privado, quienes propenderán para que se optimicen los beneficios de los servicios ambientales, sociales y económicos de los bosques;
- d) El aprovechamiento sostenible de la flora silvestre y de los bosques es una estrategia de conservación y manejo del recurso. Por lo tanto, el Estado debe crear un ambiente propicio para las inversiones en materia ambiental y para el desarrollo del sector forestal;
- e) Gran parte de las áreas boscosas naturales del país se encuentran habitadas. Por lo tanto, se apoyará la satisfacción de las necesidades vitales, la conservación de sus valores tradicionales y el ejercicio de los derechos de sus moradores, dentro de los límites del bien común;
- f) Las plantaciones forestales cumplen una función fundamental como fuentes de energía renovable y abastecimiento de materia prima, mantienen los procesos ecológicos, generan empleo y contribuyen al desarrollo socioeconómico nacional, por lo cual se deben fomentar y estimular su implantación;
- g) El presente reglamento se desarrollará por las entidades administradores del recurso atendiendo las particularidades ambientales, sociales, culturales y económicas de las diferentes regiones.

(Decreto 1791 de 1996, Art. 3).

ARTÍCULO 2.2.1.1.2.3. Usos. Los diversos usos a los que se puede destinar el recurso estarán sujetos a las siguientes prioridades generales, que podrán ser variadas en su orden de prelación, según las consideraciones de orden ecológico, económico y social de cada región:

- a) La satisfacción de las necesidades propias del consumo humano;
- b) La satisfacción de las necesidades domésticas de interés comunitario;
- c) La satisfacción de las necesidades domésticas individuales;
- d) La de conservación y protección, tanto de la flora silvestre, como de los bosques naturales y de otros recursos naturales renovables relacionado con estos, mediante la declaración de las reservas de que trata el artículo 47 del Decreto - ley 2811 de 1974, en aquellas regiones donde sea imprescindible adelantar programas de restauración, conservación o preservación de estos recursos;
- e) Las de aprovechamiento sostenible del recurso, realizadas por personas naturales o jurídicas, pública o privadas, de conformidad con los permisos, autorizaciones, concesiones o asociaciones otorgados por la autoridad competente;

f) Las demás que se determinen para cada región.

Parágrafo.- Los usos enunciados en el presente artículo son incompatibles con el otorgamiento de permisos de estudio cuyo propósito sea proyectar obras o trabajos para futuro aprovechamiento del recurso, siempre que el estudio no perturbe el uso ya concedido.

(Decreto 1791 de 1996, Art.4).

[...]»[14].

III.2. Normas violadas

De la Constitución Política:

“[...] **ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[...]

ARTICULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

[...]

ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

[...]

ARTICULO 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

[...]

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

[...]

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

[...]

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

[...]”

Del Convenio núm. 169 DE LA OIT - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989[15]

“[...] **Artículo 6**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas [...]».

III.3.Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

III.3.1. Sobre la finalidad^[16] de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

«[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]»^[17].

III.3.2. En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo *por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*^[18].

III.3.3. Cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “**proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**”.

III.3.4. En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: *i)* en cualquier momento; *ii)* a petición de parte -debidamente sustentada; y *iii)* en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

III.3.5. En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: *i) preventivas* (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *ii) conservativas* (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *iii) anticipativas* (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y *iv) de suspensión* (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.^[19]

III.3.6. Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

III.3.7. En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “*podrá decretar las que considere necesarias*”^[20]. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la

medida sea procedente el demandante debe presentar “*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*” (Resaltado fuera del texto).

III.3.8. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

« [...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el *fumus boni iuris* y *periculum in mora***. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]»[21] (Negrillas fuera del texto).

III.3.9. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

« [...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»[22] (Negrillas no son del texto).

III.3.10. Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora, y, **(iii) la ponderación de intereses**.

III.4. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado

III.4.1. En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo[23], se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231[24] y siguientes del CPACA.

III.4.2. Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “*evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*”. [25]

III.4.3. De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “***manifiesta infracción de la norma invocada***”, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas[26].

III.4.4. Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015[27], citado anteriormente, ha señalado que:

«[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]».

III.4.5. Tal visión ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015[28], en el cual subrayó lo siguiente:

«[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus bonis iuris* (apariciencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar) [...]».

III.4.6. Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

III.4.7. Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

«[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Resaltado fuera del texto).

III.4.8. Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de "*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*".[29]

IV. EL CASO CONCRETO

IV.1. El actor solicita la declaratoria de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las disposiciones contenidas en las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible"**, expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Para sustentar la medida, el actor argumenta que con la expedición del **Decreto 1791 de octubre 4 de 1996 "Por medio de la cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal"**, expedido por la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el otrora Ministerio del Medio Ambiente y su posterior compilación en el **Decreto 1076 de 2015**, se está incurriendo en una violación directa de la Constitución Política de Colombia de 1991 y de los Convenios internacionales ratificados por Colombia, como lo es el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, por no haberse surtido el trámite necesario e indispensable de la **consulta previa**.

En tal sentido considera que se está afectando gravemente la protección especial que el ordenamiento jurídico colombiano le ha dado a las comunidades indígenas y afrodescendientes con la reglamentación reprochada, toda vez que se le están transgrediendo sus derechos a la participación y a la consulta previa, y, en consecuencia se está poniendo en peligro su existencia como comunidades y como culturas amparadas por el Estado colombiano.

Para sustentar su solicitud la parte actora argumenta lo siguiente:

«[...] es menester recordar que la forma de ver y entender la vida para las comunidades indígenas es diferente, especialmente a cerca (sic) del territorio y la importancia que implica para ellos conservarlo y procurar por la preservación de los recursos naturales que hay en sus territorios, toda vez que de la custodia de estos factores depende su supervivencia como comunidad indígena en el mundo.

Para las comunidades étnicas, los recursos naturales implican una fuente de desarrollo como cultura, pues su vida gira en torno a la naturaleza y a través de ella desarrollan las actividades cotidianas para subsistir, verbigracia, la obtención de alimentos, la enseñanza, la riqueza y el conocimiento entre otras. Por lo tanto dichas comunidades guardan un profundo respeto y arraigo al territorio y los recursos naturales pues de esta forma mantienen y fortalecen sus instituciones, tradiciones y culturas.

Luego entonces y partiendo de la importancia que implica para las comunidades étnicas el territorio y los recursos naturales, es evidente que la vigencia de los textos demandados continuaría violando directamente los derechos de los indígenas y acabando con su cultura y todo aquello que para ellos es sagrado y fundamental como comunidad, pues actualmente está vigente una reglamentación en materia forestal que los perjudica enormemente, pues se le negó la oportunidad de ser partícipes de las decisiones que se estaban tomando y que afectaban a sus territorios, quedando desprotegidos por un Estado Social de Derecho que dice amparar y guardar especial protección a sus derechos.

Ahora bien, es importante también tener en cuenta que con la vigencia de los textos demandados hay una violación sistemática de los siguientes derechos contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991:

El artículo Primero que establece el carácter participativo y pluralista del Estado colombiano, por cuanto no se dio, a las comunidades indígenas y de afrodescendientes, la oportunidad de participar en las decisiones que las afectan de manera directa.

El artículo Tercero sobre democracia directa y participativa, como quiera que no se diera trámite a la consulta previa con lo que se contravino el principio de soberanía popular que comporta la participación directa de las comunidades tribales en la toma de decisiones públicas.

El artículo Séptimo, según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, toda vez que el desconocimiento del trámite de consulta previa impide la realización de valores como la tolerancia y el respeto, a la vez que acalla la opinión de los grupos minoritarios.

El artículo Noveno, respecto del reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, porque la omisión de la consulta previa en la adopción del Régimen de Aprovechamiento Forestal constituye un desconocimiento del compromiso adquirido por nuestro país, contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

El artículo Trece, en el que se dispone que el Estado adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados y protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, por cuanto la consulta previa es una medida que el Estado debe adoptar a favor de las comunidades tribales, históricamente discriminadas y marginadas.

De manera que la falta de aplicación de la Constitución Política de Colombia y omisión del Convenio 169 de la OIT está generando una violación a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes y un grave desconocimiento de los tratados internacionales.

En tal sentido se solicitará la suspensión provisional de las secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo I, Título II, Parte EL del Libro 1 del Decreto 1076 de 2015 por estar violando constantemente los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes contempladas en la Constitución Política de 1991 [...]»[30].

IV.2. Visto tal contexto, el Despacho pasa a analizar el contenido de la solicitud de suspensión provisional formulada.

IV.2.1. En primer término, el Despacho aclara que si bien la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la parte actora, pretende tanto la nulidad de las Secciones listadas del Capítulo Primero del Título Segundo, Parte Segunda del Libro Segundo del **Decreto 1076 de 2015** "Por medio del cual se expide el Decreto

Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible", decreto compilatorio de las disposiciones del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, como del **Decreto 1791 de 1996** "Por medio de la cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal", no ocurre lo mismo con la solicitud de cautela, pues esta se limita a la suspensión provisional del decreto compilatorio reglamentario, es decir, el **Decreto 1076 de 2015**. Dicha situación tiene incidencia por en cuanto a la improcedencia de la medida cautelar.

En efecto, relación con la expresión «[...] *Compilar* [...]» y los alcances de esta actividad, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-839 de 2008[31], explicó lo siguiente:

«[...] 3.2. Sobre el alcance de la expresión *compilar* la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades precisando que **"la compilación implica "agrupar o recopilar en un solo texto, disposiciones jurídicas sobre un tema específico, sin variar en nada su naturaleza y contenido normativo. Esta tarea, no involucra en estricto sentido ejercicio de actividad legislativa"**. [32]

Quien compila, ha dicho la Corte **"limita su actividad a la reunión o agregación de normas o estatutos dentro de un criterio de selección que incide en la compilación misma, sin trascendencia al ordenamiento jurídico en cuanto tal. La función compiladora se encuentra limitada por las normas objeto de ella, de tal manera que el compilador no las puede modificar o sustituir, ni tiene la posibilidad de retirar o excluir disposiciones del sistema jurídico, así se las estime innecesarias, superfluas o repetidas y, claro está, tampoco le es atribuida la función, típicamente legislativa, de reordenar, con efectos obligatorios erga omnes el articulado de un conjunto normativo"**. [33]

Es una facultad que "no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente, pues ello, de conformidad con lo expuesto, equivale a expedir un código", [34] ya que la compilación **"en nada debe alterar la naturaleza misma de las normas agrupadas"**. [35]

La jurisprudencia ha concluido entonces sobre los alcances de esta diferenciación entre codificación y compilación en casos concretos, lo siguiente: (i) si "para efectos de expedir un estatuto o una recopilación se concede al Ejecutivo facultades generales para eliminar normas repetidas o superfluas, se supera el estadio de los estatutos o de las recopilaciones y se ingresa al de los códigos"[36]. (ii) La facultad de compilar "no puede conllevar la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente pues ello equivale a expedir un código". [37] [...]

En este orden de ideas, el reproche de la parte actora en cuanto a que se expidió el **Decreto 1076 de 2015** «[...] **sin antes surtirse el trámite necesario e indispensable de la Consulta Previa**, se está incurriendo en una violación directa de la Constitución Política de Colombia de 1991 y de los Convenios internacionales ratificados por Colombia, como lo es la Ley 21 de 1991 [...]»[38], no tiene cabida pues como lo explica el pronunciamiento jurisprudencial, no se trata de la expedición de nuevas normas jurídicas sino que es un ejercicio de agrupación o recopilación de normas en un solo texto jurídico, frente a las cuales el Ejecutivo tiene una limitada competencia en tanto «[...] **no las puede modificar o sustituir, ni tiene la posibilidad de retirar o excluir disposiciones del sistema** jurídico, así se las estime innecesarias, superfluas o repetidas **y, claro está, tampoco le es atribuida la función, típicamente legislativa, de reordenar, con efectos obligatorios erga omnes el articulado de un conjunto normativo"**. [39] [...]

Por lo tanto, este reproche no está llamado a prosperar pues no resulta procedente exigir el proceso de consulta previa frente a un decreto compilatorio de normas de determinado sector. En este último sentido, se tiene que el decreto compilatorio, al reunir normas reglamentarias preexistentes, tampoco requería de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia[40], en el sentido de tramitar la consulta previa tal como lo indicó la apoderada judicial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible quien señaló lo siguiente en su escrito de contestación de la medida:

«[...] por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia", por lo que la normativa de la que cual se pretende su suspensión, lo único que hizo fue compilar una serie de normas que llevaban suficiente tiempo vigentes y que además nunca habían sido demandadas desvirtuando el carácter de que su vigencia ocasione un perjuicio irremediable [...]»[41].

En **conclusión**, Sala Unitaria considera que, en este caso, la parte actora no cumplió con la carga argumentativa y probatoria para concluir en la necesidad e inminencia de decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los artículos acusados del Decreto 1076 de 2015, pues no se evidencia: **(i)** la verosimilitud del derecho invocado o la llamada “*aparición de buen derecho*” (*fumus boni iuris*) en la demanda incoada, que se traduciría en últimas, en las probabilidades de éxito de las pretensiones; **(ii)** no se demuestra la existencia de un riesgo por la demora en el trámite procesal hasta que se adopte una decisión definitiva (*periculum in mora*); y **(iii)** tampoco se vislumbra en el escrito la ponderación de intereses que conlleve a que sería más gravoso para el interés público y el de las comunidades indígenas y afrodescendientes, negar la medida cautelar que concederla, máxime cuando no está demostrado el perjuicio irremediable frente a una normativa que lleva más de 20 años de vigencia.

Por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que el fundamento de la suspensión provisional de los actos administrativos, está dado en la necesidad de que la administración de justicia realice un control preventivo de legalidad sobre las decisiones de la administración, para así evitar que los actos que contienen vicios en su expedición o aquellos que causan perjuicios a una persona sigan produciendo efectos mientras se profiere una decisión de fondo, y que de lo señalado por el demandante, no se advierte ningún vicio o perjuicio que produzca su vigencia hasta que se profiera sentencia definitiva, tampoco podrá, con base en los cargos expuestos, despacharse favorablemente la solicitud de suspensión provisional.

Por lo anteriormente expuesto, habrá de negarse la medida cautelar solicitada.

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional de la de las disposiciones contenidas en las Secciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Capítulo 1, del Título 2, de la Parte 2 del Libro 2 del **Decreto 1076 de mayo 26 de 2015** “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*”, expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Notifíquese y cúmplase,

Afectaciones realizadas: [\[Mostrar\]](#)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

[1] Por medio de la cual Colombia ratificó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

[2] Folio 1. Cuaderno No. 2.

[3] Folios 2 y 3. Cuaderno de medida cautelar.

[4] Folios 2 y 3. Cuaderno medida cautelar.

[5] Folio 4. Cuaderno medida cautelar.

[6] Folio 6. Cuaderno medida cautelar.

[7] Folio 8. Cuaderno medida cautelar.

[8] CPACA, Art. 231, numeral 2.

[9] Folios 8 y 9. Cuaderno medida cautelar.

[10] CPACA, Art. 231, numeral 3.

[11] Folio 9. Cuaderno medida cautelar.

[12] CPACA, Art. 231, numeral 2.

[13] Folio 10. Cuaderno medida cautelar.

[14] Por lo extenso del texto no se transcribe en su totalidad las normas acusadas.

[15] Ratificado por la **Ley 21 de marzo 4 de 1991** “*Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989*”.

[16] Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

[17] Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

[18] Constitución Política, artículo 238.

[19] Artículo 230 del CPACA.

[20] Artículo 229 del CPACA.

[21] Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[22] Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’”

[23] El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelares: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

[24] “[...] **Artículo 231.** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del

estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]" (Negrillas fuera del texto).

[25] Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[26] Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: *"Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva."* (Resaltado es del texto).

[27] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

[28] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

[29] Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: *"Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que **'[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'**. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la***

causa []. *La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia*".(Negrillas fuera del texto).

[30] Folios 2 y 3. Cuaderno medida cautelar.

[31] Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

[32] Sentencia C-340 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Ver igualmente la sentencia C-582 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

[33] Sentencia C-397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[34] Sentencia C-129 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta sentencia, la Corte estudió el artículo 199 de la ley 136 de 1994, sobre modernización de los municipios, que autorizaba al Presidente de la República, mediante facultades extraordinarias a "compilar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de los municipios. Para este efecto se podrá reordenar la numeración de las diferentes normas y eliminar aquellas que se encuentren repetidas o derogadas". En esa oportunidad, la norma acusada fue declarada inexecutable, así como el Decreto Ley 2626 de 1994 que se expidió en cumplimiento de tales facultades, - por unidad normativa -, porque a juicio de la Corte se "desconoció la prohibición taxativamente prevista en esa disposición, pues a través del Decreto 2626 de 1994 lo que [se] hizo no fue una simple compilación, sino que se expidió un nuevo ordenamiento jurídico, agrupado en un sólo texto formalmente promulgado, lo que constituye, por ende, un código. (...)En efecto, puede observarse que en él se expidió una diferente numeración y titulación y, lo que es más importante, se creó un ordenamiento jurídico nuevo. (...)". Así, no obstante que el legislador ordinario utilizó la palabra "compilar", advirtió la sentencia, compilar no puede comportar la expedición de un nuevo texto jurídico en el que se incorporen disposiciones nuevas, o se deroguen o refundan otras, por ser ello una atribución eminentemente legislativa.

[35] Sentencia C-129 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[36] Sentencia C-255 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía. En esta providencia, la Corte estudió el Decreto Ley 1298 de 1994, relacionado con el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional de Salud; decreto expedido en razón de las facultades extraordinarias asignadas al Presidente por la Ley 100 de 1993, artículo 248, para el efecto, con el objeto de "expedir el estatuto orgánico del sistema nacional de salud, de numeración continua, con el objeto de sistematizar incorporar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes en materia de salud (...) Con tal propósito podrá reordenar la numeración de las diferentes disposiciones (...) sin que se altere su contenido y podrá eliminar las normas repetidas o superfluas". Dijo la Corte Constitucional en esa oportunidad que expedir "un estatuto orgánico del sistema de salud, de numeración continua, con el objeto de sistematizar, integrar, incorporar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes en materia de salud, no es diferente a expedir un código. Con mayor razón, si la facultad permite al Presidente "eliminar las normas repetidas o superfluas", lo que podría conducir a la derogación por esta vía de normas que hacen parte de leyes orgánicas o estatutarias". Concluyó la providencia, acogiendo la jurisprudencia sentada por la sentencia C-129 de 1995 ya enunciada, que tanto el decreto ley como el artículo de la ley 100 de 1993 que concedía tales facultades eran inexecutable, dado que el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud era "un verdadero código". Así lo demuestran "su extensión, pues consta de 723 artículos, y el hecho de enumerarse en el artículo 722 todas las leyes que "incorpora y sustituye", que son ocho, expedidas entre los años de 1979 y 1994".

[37] Sentencia C-129 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[38] Folio 1. Cuaderno medida cautelar. Surayas y negrillas fuera de texto).

[39] Sentencia C-397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[40] Como antecedentes de la expedición del Decreto 1791 de 1996 según la doctrina : «[...] *En 1996, el Ministerio del Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Departamento Nacional de Planeación elaboraron la política de bosques, que fue aprobada por el CONPES. De allí que en relación con los productos forestales primarios y secundarios provenientes de bosques naturales y plantados se normalizó el artículo 5 de la Ley 99 de 1993 reglamentándose el Decreto 1791 de 1996, por medio del cual se establece el régimen de aprovechamiento forestal para Colombia, y se regulan las actividades de la administración pública y de los particulares respecto al uso, manejo, aprovechamiento y conservación de los bosques y la flora silvestre*

con el fin de lograr un desarrollo sostenible [...] entre los principales aspectos que el Decreto 1791 de 1996 consagra, se encuentra la imposición de algunas obligaciones a las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), tales como: 1) Formular y aprobar los planes de ordenación y manejo de bosques./2) Aplicar de manera prevalente las normas especiales sobre administración, manejo y uso de los recursos naturales. / 3) En las regiones en que existe población negra, dar estricto cumplimiento a la Ley 70 de 1993 (Defensoría del Pueblo 2002).// El Decreto 1791 de 1996, en la actualidad es la principal reglamentación forestal. Dicho decreto estableció, en ampliación del Código de Recursos Naturales, los tipos de aprovechamiento, las actividades asociadas al aprovechamiento forestal y, en términos generales, los requerimientos para lograr el aprovechamiento forestal, tanto en bosques naturales como en plantaciones forestales [...]». Ver: <file:///C:/Users/lpuyov/Downloads/Dialnet-AnalisisSobreElMarcoJuridicoQueRegulaElAprovechami-5168112.pdf> [41] Folio 10. Cuaderno medida cautelar.