

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia: Julio 07 de 202, Referencia: Rad. 11001-03-26-000-206-00140-00 (57819)

“Con el objetivo de acopiar los diversos elementos que subyacen a la solución de los problemas jurídicos propuestos y, con ello, poder formular una respuesta adecuada de cara la pretensión para que se declare la ilegalidad de los actos administrativos acusados, la Sala se propone, a: (i)definir inicialmente el marco conceptual y normativo del principio de precaución (incluyendo sus dimensiones, elementos y características como norma positiva) de cara a la actividad regulatoria y su proyección normativa; (ii)determinará la naturaleza y alcance de las normas demandadas, y (iii)hará algunas precisiones sobre el reglamento técnico y su control jurisdiccional, así como de la competencia del juez de nulidad para, finalmente, (iv-1)establecer el ámbito regulatorio y normativo de las disposiciones acusadas y, en ello, verificar si tales normas realmente autorizan, avalan o sustentan el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, al lado de lo cual, (iv-2)verificará si ha quedado probado que las medidas adoptadas por las normas demandadas no son adecuadas, idóneas o suficientes para mitigar los riesgos de que da cuenta la demanda y sus coadyuvancias.

1. El principio de precaución

Conforme al texto de la demanda, la actora sustenta la existencia de discusiones nacionales e internacionales respecto de los riesgos asociados al fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales y, con base en ello, afirma que tal actividad debe prohibirse por precaución.

Para indagar sobre la certeza de esta premisa y su conformidad con el marco normativo que se cita en la demanda, la Sala estima pertinente efectuar unas precisiones en relación con el alcance y aplicación de este principio a partir del axioma explicado por la jurisprudencia constitucional, al tenor del cual “...el principio de precaución no equivale a una presunción iuris tantum de que la actividad es dañina y por lo tanto debe prohibirse”¹¹².

El principio de precaución en materia ambiental, cuyo origen común se identifica en las discusiones ambientales de la década de 1970 (derecho público alemán¹¹³; jurisprudencia administrativista norteamericana¹¹⁴; y derecho internacional público¹¹⁵), fue inicialmente formulado con el objetivo de prevenir los efectos nocivos que generan los productos químicos cuyos daños sólo son manifiestos con posterioridad¹¹⁶, bajo la regla según la cual, la incertidumbre acerca de un riesgo no impide la acción regulatoria.

Esta noción más o menos amplia del principio de precaución, se fundamentó en que antes de su concepción y como pauta general, las medidas restrictivas del comercio solo podían ser adoptadas con base en pruebas científicas claras y definitivas; así, este concepto surgió como respuesta al advertirse fenómenos complejos cuya naturaleza, consecuencias y efectos son desconocidos con total certeza y, por lo mismo, impiden la formulación temprana de las acciones apropiadas para prevenirlos, circunstancia que no debería ser óbice para adoptar aquellas medidas necesarias para mitigar los riesgos identificados, aun ante la existencia de incertidumbre científica¹¹⁷ sobre su acaecimiento.

En tales discusiones, la interpretación simple del principio de precaución fue llevada por algunos a la premisa de que “es mejor prevenir que lamentar”. No obstante este alcance, los debates acerca de su definición, contenido y relevancia, llevaron a la necesidad de aceptar, por las múltiples e imponentes particularidades de cada caso, que no era posible formular una única y definitiva noción de tal principio, al punto que estudios especializados han referido que existen por lo menos diecinueve versiones distintas del mismo, muchas de las cuales no son siquiera compatibles entre sí, las que discurren desde las versiones más débiles,

difícilmente objetables, hasta las más fuertes que parecerían exigir un replanteamiento o inviabilidad de la política regulatoria¹¹⁸.

Dentro de este amplio espectro de visiones del principio de precaución, en clave de versión fuerte se tiene, por ejemplo, la contenida en la Declaración de Wingspread, adoptada por grupos ambientalistas en Estados Unidos en 1998, según la cual, “cuando una actividad amenace con daños para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando no haya sido científicamente determinada en su totalidad la posible relación de causa y efecto. En este contexto, a quien propone una actividad le corresponde la carga de la prueba, (...) debe incluir a todas las partes potencialmente afectadas [así como] involucrar un examen de la gama completa de alternativas, incluyendo la no acción”¹¹⁹.

Bajo esta concepción, frente a cualquier situación indicativa de amenaza o peligro para la salud humana o el medioambiente, indistintamente de su gravedad, reversibilidad y certeza científica, se entiende que se deben adoptar medidas inclusive prohibitivas sin ningún limitante, bajo la inversión de la carga de la prueba en cabeza de los proponentes de la actividad a regular.

La Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982 dio el primer reconocimiento internacional a una versión fuerte del principio, sugiriendo que quienes promuevan actividades que puedan entrañar un peligro para la naturaleza “deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que se puedan causar, y que cuando los potenciales efectos adversos no se entienden completamente, tales actividades no deben proceder”¹²⁰.

113 Denominado como Vorsorgeprinzip. Sobre el origen del principio de precaución puede verse: RIECHMANN, Jorge, “INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN”. En “El cáncer: una enfermedad prevenible”, Murcia, FFIS, 2007. “El principio de precaución se formuló por vez primera en la Conferencia de las NN.UU. sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972; se incorporó en los setenta a la legislación ambiental germano-occidental (Vorsorgeprinzip); fue aplicado internacionalmente por vez primera en la Primera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte en 1984, y en la Convención de Viena sobre la protección de la capa de ozono en 1985; y ha sido recogido como uno de los principios rectores claves de la política ambiental de la Unión Europea y de sus estados miembros en numerosos textos legales del máximo rango, entre otros en esa especie de “Constitución europea” que es el Tratado de Maastricht... ” Disponible en: <http://i-sta-s.ne--t/desc-argas/In-troducci%C3%B3n%20al%20Principio%20de%20Precauci%C3%B3n.%20Jorge%20Riechmann.pdf>

114 Por ejemplo, la Corte del Circuito del Distrito de Columbia determinó que la Agencia de Protección Ambiental no había incurrido en un acto arbitrario o caprichoso al regular los aditivos de plomo, aunque no pudiera probarse con certeza que estos ponían en peligro la salud pública. [Ethyl Corp. v. EPA, 541 F.2d 1 (1976)]. Ver: Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017.

115 SANDS, Philippe & PEEL, Jacqueline, Principles of International Environmental Law, 3a edition, Cambridge University Press, 2012, pp 217-228; BEYERLIN, Ulrich & MARAUHN, Tilo, International Environmental Law, Hart-CH Beck, Nomos, 2011, pp. 47-57. En la sentencia C-293 de 2002, se explica que “como ejemplo de su aplicación, hay una referencia expresa [donde] La Unión Europea fundamentó una medida ambiental encaminada a impedir el ingreso de esta carne [con hormonas], bajo el argumento de que “el principio precautorio se había convertido en una norma general del derecho internacional.”

116 Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2002.

117 PERREZ, Franz Xaver, The World Summit on Sustainable Development: Environment, Precaution and Trade – A Potential for Success and/or Failure,

12/I RECIEL (2003). P. 15.

118 HAHN, Robert W. & SUNSTEIN, Cass R., “The Precautionary Principle as a Basis for Decision Making.” en The Economist’s Voice, Vol. 2, No. 2, pp. 1-9 (2005). Ver en: <https://ssrn.com/abstract=721122>.

119 Declaración de Wingspread (Wisconsin), enero de 1998, recogida en “El principio de precaución ante la incertidumbre científica”, Daphnia 13, Madrid, junio de 1998, p. 16.

120 Numeral 11, literal b): “Las actividades que puedan extrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”

De esta forma, las versiones más fuertes priorizan la seguridad cualquiera sea el costo, vetando toda actividad generadora de riesgos y obligando al titular de ésta a acreditar indefectiblemente que ella no dañará; por lo que esta visión entraña la prohibición de aquellas actividades que pueden crear un riesgo de daño al entorno o la salud, pese a la incertidumbre científica sobre la probabilidad de que dicho riesgo sobrevenga o acerca de la naturaleza del daño que puede generar, exigiendo al agente reunir evidencia científica que descarte tal contingencia. En este sentido, las versiones fuertes conciben la precaución como un principio general prohibitivo, partiendo del concepto de una dicotomía entre actividades seguras y riesgosas.

Las denominadas “versiones fuertes” de este principio, han sido ampliamente criticadas afirmando su inviabilidad en la práctica al ignorar que el riesgo corresponde a un elemento inescindible de la condición humana y en tal sentido una decisión regulatoria tendiente a mitigar o eliminar un riesgo, puede a su vez generar otro nuevo¹²¹, de manera que se ha afirmado que tal posición extrema, entre otros: (i) tiene por finalidad la búsqueda del “riesgo cero”, objetivo al cual es imposible llegar, creando barreras al desarrollo y facilitando las prohibiciones; (ii) es contrario a la innovación, y puede incluso paralizar procesos de desarrollo basándose únicamente en la incertidumbre; (iii) prioriza la prohibición de las actividades oponiéndose a la regulación de éstas; como los riesgos están en todos lados, se proscribe la acción (incluyendo la regulación), la inacción y todo lo que está en medio¹²².

Atendiendo a lo anterior, el citado principio vino a ser dotado de contenido en formulaciones más flexibles, en las que se reconoce que en la práctica no es posible regular integralmente la actividad humana para eliminar todos los riesgos que le son inherentes, de manera que, como ha sido explicado por la jurisprudencia, el principio de precaución se ha alejado cada vez más “...de las reglas y las prohibiciones absolutas que consideran las actividades o las sustancias como ‘peligrosas’ en sí mismas y en su lugar buscan optimizar el control o la gestión del riesgo”¹²³.

Así, versiones más cautelosas del principio de precaución sugieren que la falta de evidencia científica decisiva de daño por parte de una actividad, no debería ser un motivo para negarse a regularla ante la existencia o determinación de un riesgo, por lo que su regulación estaría justificada incluso ante la ausencia de una conexión directa incontrovertible entre dicha actividad y el riesgo identificado. Ejemplo de esta concepción se encuentra bajo el Principio No. 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, el cual dispone que “Cuando existan amenazas de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no se utilizará como razón para posponer medidas rentables para prevenir la degradación ambiental”¹²⁴. De forma similar, la Ley

Banier (1995) de Francia, dispone que “La ausencia de certidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y las técnicas del momento, no debe retardar la adopción de medidas efectivas y proporcionales dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medioambiente a un costo económico aceptable”.

Como críticas a estas versiones más cautelosas o “débiles” del principio de precaución, se ha señalado por ejemplo, que: (i) condicionan su aplicación a las capacidades de desarrollo del Estado y subordinan su amplitud a la relación costo-beneficio de la medida; (ii) la protección de bienes jurídicos fundamentales, como el medio ambiente y la salud, se apuestan a la eventual capacidad por parte de los evaluadores del riesgo para establecer con precisión cuál es el umbral de su posible ocurrencia y si éste es suficientemente grave o de carácter irreversible; (iii) la aproximación conceptual del principio está realizada en términos de situación pero sin definir el principio como tal, comprometiendo su aplicación.

Finalmente, se resalta la relación y dependencia existente entre el principio de precaución y la actividad regulatoria, siendo esta última determinada en función de la visión extrema o cautelosa del primero. De esta forma, mientras las versiones cautelosas del principio propenden por la comprensión inicial del peligro y la adopción de medidas regulatorias antes de que se configure el daño, las versiones fuertes defienden la prohibición de la actividad ante la menor falta de certeza científica, o el más débil nexo causal entre la conducta y el riesgo, excluyendo la actividad reguladora como medida para evitarlo o mitigarlo. De hecho, las versiones más fuertes del principio resultarían incompatibles con la actividad regulatoria en tanto la misma, como toda acción, conlleva un riesgo.

Por tanto, si bien el principio de precaución podría indicar con simplicidad que debe evadirse cualquier circunstancia que cree un peligro para la salud o el medio ambiente hasta que no se tenga total certeza de las medidas que se deben adoptar para superarlo, su concepción y aplicación no puede estudiarse y definirse bajo tal premisa básica, toda vez que los riesgos están presentes en todas partes y en todas las actividades, de manera que “cualquier esfuerzo por ser universalmente precavido será paralizante, prohibiendo cada paso imaginable”, lo que podría conllevar a considerar este axioma como un principio de paralización de las decisiones, entre ellas, las que están llamadas a ser adoptadas en materia regulatoria.

2. El principio de precaución en el ordenamiento jurídico colombiano

Como acertadamente lo indica el actor y varios de sus coadyuvantes, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del medio ambiente se ha cimentado principalmente en los artículos 79, 80 y 334 de la Constitución Política, conforme a los cuales se instituyó (i) el derecho a gozar de un ambiente sano y la obligación del Estado de protegerlo¹²⁶; (ii) la planificación, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en cabeza del Estado y la obligación de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución¹²⁷; (iii) la intervención estatal en la explotación de los recursos naturales para racionalizar la economía y preservar un ambiente sano¹²⁸; y, (iv) la búsqueda de un equilibrio entre la protección ambiental y el progreso económico¹²⁹.

De esta forma, a la par del desarrollo de la internacionalización de las relaciones ecológicas¹³⁰ y de los deberes de protección y prevención del Estado¹³¹, el principio de precaución fue recogido en la legislación colombiana bajo el artículo 1.6132 de la Ley 99 de 1993¹³³, con el siguiente enunciado:

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

Al lado de la Ley 99 de 1993, la Ley 164 de 1994, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático””, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico su artículo 3º (numeral 3) que, en punto al principio de precaución reza, lo siguiente:

“Artículo 3º. Principios. Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus

disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: (...)

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

La Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de este Convenio Internacional y, en sentencia C-073 de 1995 declaró exequibles la Convención y la Ley 164 de 1994 aprobatoria de la misma. Para ello señaló que el principio de precaución hace parte de aquellos que animan la protección del sistema climático en beneficio de las presentes y futuras generaciones¹³⁴.

Como se observa, las disposiciones legales antes mencionadas, recogen en su esencia la noción del principio de precaución adoptada bajo la Declaración de Rio de 1992, que determina que, ante la amenaza de daño grave o irreversible, la falta de total certidumbre científica de su acaecimiento no es razón para posponer o no adoptar medidas para mitigar el riesgo. Esta noción, analizada en el contexto global de lo que han sido los estudios, debates e intentos por normativizar e incorporar como pautas de conducta o reglas normativas del principio de precaución, corresponde a aquellas que han sido consideradas como parte del espectro que se aparta de una versión fuerte, en tanto: (i)cualifica el umbral del riesgo -relacionado con un daño grave e irreversible-, (ii)no establece un deber positivo ni una inversión de la carga de la prueba, y, además (iii)incorpora un requisito de eficacia en función del costo - efectividad, en la adopción de las medidas¹³⁵.

Así, la noción que de tal principio ha sido positivizada bajo las leyes 99 de 1993 y 164 de 1994, hace parte de aquello que la literatura especializada ha identificado como una tendencia perceptible y existente hacia versiones menos estrictas del principio de precaución con miras a permitir su aplicación práctica¹³⁶, aspecto que, en su núcleo, llama a descartar la inacción regulatoria -por la inexistencia de certeza científica- ante un riesgo.

Debe indicarse que tal noción contrasta con la contenida en la Declaración de Wingspread y en la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas, instrumentos no vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico¹³⁷, donde el nivel de riesgo es indiferente para exigir la adopción de acciones o medidas positivas, invirtiendo la carga de la prueba en cabeza del proponente de la actividad y, por ende, la certeza científica sobre todos los riesgos y su mitigación es lo que determina la prohibición o no de la actividad.

Ahora, aun cuando la positivización del principio de precaución adoptada por nuestro ordenamiento jurídico se aleja de la noción antes indicada, debe decirse que en la jurisprudencia constitucional colombiana la aplicación del citado principio no ha sido uniforme, pues mientras en algunos casos ha sido invocado como ayuda retórica para

fortalecer la argumentación de una sentencia con implicaciones en la protección del medio ambiente¹³⁸, en otros ha servido para adoptar medidas concretas respecto de determinadas actividades¹³⁹; así mismo, en variadas ocasiones, la Corte Constitucional ha sido rigurosa en cuanto a la prueba del riesgo, exigiendo incluso un indicio del nexo de causalidad entre la fuente del riesgo y el daño concreto a una persona determinada¹⁴⁰, y en otros casos ha sido más flexible frente a esa prueba, aunque exigiendo un “principio de certeza”, y señala que la sola existencia de duda no es suficiente para activar el citado principio¹⁴¹.

Así, en algunas oportunidades la Corte ha actuado bajo una postura “fuerte”, ante la sola incertidumbre, advirtiendo incluso que los jueces tienen el deber de actuar “ante cualquier duda científica sobre el daño”¹⁴², mientras que en otro número considerable de decisiones ha insistido en la necesidad de verificar un riesgo “serio y cierto”, probar la existencia de un “daño potencial … muy significativo”¹⁴⁴, establecer un “peligro de daño grave”¹⁴⁵, o constatar un “peligro de daño grave o irreversible”,¹⁴⁶ junto con un “principio de prueba científica” sobre el mismo,¹⁴⁷ de forma que “si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución…”¹⁴⁸.

Dentro de ese amplio espectro de interpretaciones, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han adoptado distintas posiciones respecto del remedio a adoptar; así, mientras en ciertos casos se ha abstenido de actuar directamente, y simplemente ha ordenado a las autoridades analizar recomendaciones internacionales y adoptar la regulación pertinente¹⁴⁹, en otros ha actuado prohibiendo ciertas actividades¹⁵⁰.

Si bien las variadas posiciones sobre la aplicación del principio de precaución ha discurrido sobre un amplio espectro de conceptualizaciones, pues en algunas ocasiones ha determinado, por ejemplo, la posibilidad de prohibir judicialmente una determinada actividad tras una evaluación de los riesgos que plantea¹⁵¹, debe considerarse como elemento diferenciador en ese cúmulo de decisiones, que una cosa es la aplicación del principio de precaución como guía para la defensa de un derecho fundamental, explicitado en la necesidad de darle paso a una consecuencia que privilegie su protección, y otra cuando al operador judicial se le impone observarlo a partir de la positivización que del mismo ha hecho el legislador y sus desarrollos normativos.

Las anteriores precisiones llevan a la Sala a considerar que aunque en apariencia la precaución extrema podría entenderse como la más favorable frente a los bienes jurídicos que el principio busca proteger (principalmente el medio ambiente y la salud humana y animal), lo cierto es que, por un lado, una política de “cero riesgos” no es viable¹⁵², pues cada decisión frente a un riesgo y/o la prohibición de una actividad, trae consigo otros riesgos, a la vez que la regulación estricta o la prohibición pueden ser contraproducentes o, de hecho, contrarias al mismo principio que se quiere implementar, pues podría terminar privando a la sociedad de los importantes beneficios u oportunidades de un proceso o actividad, o aún, generar riesgos mayores que de otro modo no ocurrirían.

En términos concretos ilustra de una manera precisa lo que se viene indicando, cuando, por ejemplo¹⁵³, el retraso para la autorización sanitaria de un medicamento bajo un enfoque altamente precautorio, si bien podría proteger a las personas contra los eventuales daños no probados plenamente, evitaría que ellas reciban los potenciales beneficios de ese medicamento, incluso en términos de vidas.

En consecuencia, para la Sala no es adecuada una concepción única y totalizadora del principio de precaución como postulado para sentar las bases de oposición frente a cualquier acción que conlleve un riesgo de daño significativo o que implique que cualquier actividad por el hecho de generar un daño debe ser prohibida, pues tal posición, entre otras cosas, puede llegar a erigirse paradójicamente como un obstáculo para el desarrollo y progreso sostenibles y con ellos, de la regulación, pues trayendo a colación una cita de la doctrina foránea, “...el

problema con el principio de precaución no es que conduzca en la dirección equivocada, sino que, si se toma en serio o literalmente, no conduce en ninguna dirección” 154.

Nótese que, justamente, lo que el principio de precaución establece en nuestro ordenamiento jurídico, impone un ejercicio de “ponderación” entre riesgos y beneficios, que oscila en función del mayor o menor grado de conocimiento del riesgo y su gravedad, cuyo resultado debe conducir y procurar su equilibrio; con otras palabras, siendo tal el ejercicio, las medidas regulatorias de precaución estarán aumentadas como contrapeso en la balanza del riesgo que se debe administrar.

Consecuente con lo que se viene afirmando, debe aceptarse que el principio de precaución tiene viva, natural e interdependiente presencia y desarrollo en la función reguladora del Estado. Este relacionamiento no puede soslayarse por el juez de la legalidad so pretexto de apoyar sus decisiones en el contenido e interpretación que de tal principio le merezca su particular manera de ver las cosas, menos aun cuando el legislador ya ha definido su fin y contenido. Dicho de otra manera, la regulación está llamada a materializar el principio de precaución, a dotarla de contenido, en tanto está llamada a servir como elemento articulador entre el mandato o enunciado de la norma y su ejecución efectiva.

De esta forma, entre otras cosas, las evaluaciones iniciales sobre los riesgos deben ser realizadas por las autoridades y agencias estatales expertas en cada materia a efectos de fijar el nivel de riesgo aceptado con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger a la sociedad de aquellos no aceptados, en función de los costos y beneficios de la regulación, siendo labor del juez de la legalidad verificar si la regulación ha identificado y controlado el riesgo de manera “razonable”, pero cuidándose de invadir la órbita de la acción regulatoria, pues el escenario contrario impone la alternativa regulatoria de mayor costo que es la prohibición desatendiendo la directriz según la cual las medidas deben ser eficaces en función de los costos¹⁵⁵, así como desconociendo la Constitución Política, la cual no exige que el Estado y la sociedad deban abstenerse de actuar a menos que no exista ningún riesgo al hacerlo.

A manera de conclusión, se observa que el principio de precaución no tiene por regla general un carácter prohibitivo, sino que está establecido como norma jurídica positiva y, como tal, vinculante, que impone a las autoridades mandatos de protección al ambiente sano y a la salud humana, animal y vegetal cuando existen indicadores de que una determinada actividad podría comportar riesgos o daños graves e irreversibles, aun en ausencia de certeza científica, principio que ha sido acogido uniformemente por la jurisprudencia, a pesar de lo cual debe aceptarse que no en todos los casos parece haber una formulación única acerca de su activación y aplicación.

3. El principio de precaución como norma positiva

No hay duda respecto del valor y carácter normativo del principio de precaución definido por la Ley 99 de 1993 y, por tanto, de su carácter vinculante y de su capacidad para producir efectos jurídicos.

Tal y como fue explicado por la Corte Constitucional al analizar su exequibilidad, si bien esa disposición estableció “unos principios y valores de rango legal”, habrá la necesidad de reconocer que “está plenamente delimitada en cuanto al mencionado vigor indirecto y mediato dentro del ordenamiento jurídico al que pertenece, sin establecer conductas específicas y sin prever consecuencias determinadas, las cuales quedan condicionadas a la presencia de otros elementos normativos completos” 157. Esta valiosa precisión significa que el reconocimiento legal del principio de precaución no transmuta la naturaleza de ese concepto como principio, y que, por tanto, trasciende a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico para, en cambio, darle valor y sentido a muchos de ellos a partir de la unificación de las bases que soportan una institución jurídica¹⁵⁸.

En este sentido, por cuanto la consagración legal del principio de precaución no varía su naturaleza, se trata de una típica norma jurídica de contenido autónomo y singular que, dado su carácter general y textura abierta, somete su aplicación y eficacia directa en cada caso a la interpretación y exégesis de su contenido normativo, bajo una aplicación indirecta y mediata -a diferencia de las reglas-, pero asumiendo el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar.

De esta forma, el principio de precaución corresponde a un verdadero mandato de optimización, en tanto ordena que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas, de manera que su aplicación deberá ser ponderada y definida en cada caso atendiendo a los hechos, las reglas aplicables y los principios opuestos¹⁵⁹.

Como consecuencia de esa textura abierta, los principios jurídicos no son susceptibles de aplicación sin una previa concreción, de manera que exigen definir su uso como premisa de razonamiento cuya conclusión es la formulación de una pauta implícita, con un supuesto de hecho cerrado y no genérico -hasta ese momento no formulado- para lograr su “especificación”¹⁶⁰.

Por tanto, el principio de precaución, aun al estar positivizado, no corresponde a una regla específica de so- lución de casos sino, se reitera, obra como un mandato de optimización, pues ordena que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes en cada caso particular¹⁶¹. Actúa entonces el principio de precaución como pauta orientadora de la conducta de las instituciones y de los funcionarios, así como de la actividad de los jueces al aplicar e interpretar la ley en aquellas soluciones que incorporan y requieren fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica¹⁶², sin perjuicio de lo cual, dicha guía, con ocasión de su indeterminación, deberá concretarse en cada caso para establecer su alcance y aplicación.

4. Dimensiones del principio de precaución

En la práctica el principio de precaución ha servido, se sustenta y es aplicable en una doble dimensión, por un lado, como “principio orientador de la política regulatoria” y por otro, como “principio justiciable”.

Bajo la primera dimensión, este principio es entendido como una norma de parámetros que faculta y orienta a las autoridades administrativas en materia regulatoria, permitiendo -eventualmente- la afectación de derechos individuales con el fin de proteger el medio ambiente, aún ante la incertidumbre frente a los riesgos de la actividad sobre la cual versa la actuación administrativa particular. Así, por ejemplo, se avaló la medida de suspensión de obra o actividad prevista en la Ley 99 de 1993¹⁶⁴, sin perjuicio de la excepcionalidad, motivación y control jurisdiccional del acto administrativo correspondiente¹⁶⁵; igualmente se declararon constitucionales las medidas preventivas de la Ley 1333 de 2010¹⁶⁶, el decomiso preventivo en el contexto de un estado de emergencia¹⁶⁷ y se negó una tutela para permitir la reconstrucción de una escuela en un parque natural nacional sin licencia ambiental¹⁶⁸. De forma que, bajo esta dimensión, el principio de precaución orienta a la administración en su actividad reguladora para justificar decisiones y sirve como guía en sus evaluaciones sobre los riesgos de las múltiples y diversas actividades sujetas a la regulación, en un marco dinámico de eventuales cambios y fluctuaciones.

En su segunda dimensión, el de precaución se define como un principio justiciable, es decir, como una directriz aplicable no solamente por los reguladores, sino también por los jueces, incluso para imponer deberes a las autoridades y a los particulares con ocasión de la normativización, y fundamentado especialmente en una triada de objetivos: (i) el deber de

controlar razonablemente el riesgo; (ii) el deber de cumplir con la regulación existente; y, (iii) el deber de no hacer.

(i) Respecto el deber de controlar razonablemente el riesgo, la jurisprudencia ha determinado, en algunos casos, que la regulación ha identificado y controlado el riesgo de manera “razonable”, mientras que en otros ha concluido que la regulación es “irrazonablemente” permisiva al desproteger de manera excesiva a la sociedad frente al riesgo particular¹.

A manera de ejemplo, en la sentencia C-502 de 2012 se declaró la exequibilidad de la norma que establece la exención de revisión técnico-mecánica para vehículos extranjeros que transitan temporalmente en Colombia, al considerar que “no existen razones materiales desde las cuales se pueda inferir que la excepción temporal creada por la norma en estudio, en beneficio de los vehículos con placas extranjeras que ingresen en territorio colombiano hasta por tres meses, suponga un riesgo serio y cierto que imponga su declaratoria de inconstitucionalidad”; de otra parte, en la sentencia C-988 de 2004 se declaró exequible la ley que permitió el registro de plaguicidas genéricos con registro conocido, pues “la información científica aportada en término al expediente no permite desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la opción legislativa en este campo, en la medida en que la regulación adoptada por las normas acusadas aparece compatible con el principio de precaución”.

Ahora, respecto al deber de regular, se hace énfasis en que corresponde a las autoridades competentes encargadas de hacerlo y no al juez; lo anterior, de cara a la función jurídica atribuida a los principios, como dispositivos que informan y llenan de contenido el ejercicio de la función administrativa en perspectiva regulatoria, para realzar y orientar el conocimiento especializado de tales autoridades en la toma de decisiones; ya sea al evaluar el riesgo, establecer el nivel aceptado y precisar las medidas conducentes para controlarlo, dentro de las cuales puede estar incluida la decisión de no regular, toda vez que el principio de precaución se manifiesta o exterioriza como una acción o competencia administrativa.

Lo anterior se fundamenta en que la regulación de una actividad - incluida su dimensión negativa de no hacerlo- requiere un juicio de valor sobre el nivel y los tipos de riesgo que la comunidad está dispuesta a soportar, considerando que: “cada sociedad es libre de reglamentar, vía legislativa o administrativa, los riesgos que considere que sus asociados no pueden correr” 170, y por otra parte, atendiendo a que “la identificación y evaluación de riesgos sociales requiere conocimientos sobre la actividad humana específica considerada riesgosa, y sobre los elementos que están sujetos a los riesgos asociados con dicha actividad (y su manejo) requiere además conocimientos sobre las medidas de mitigación, y su capacidad para prevenir, disminuir o corregir los riesgos respectivos” 171; conocimientos que están al alcance de las autoridades encargadas de regular el riesgo, de manera que los jueces lo que deben examinar es si las respuestas regulatorias existentes son razonables, antes que imponer nuevas regulaciones por su propia disposición.

(ii) Respecto el deber de cumplir con la regulación existente, implica que el juez se limita a ordenar la aplicación de la normatividad vigente -sobre el asunto en particular- en tanto ha sido desconocida. Así, por ejemplo, mediante la sentencia T-299 de 2008, en un caso de cercanía de una subestación eléctrica a una residencia familiar, no se adoptaron nuevas medidas regulatorias, sino que se ordenó aplicar el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE), cuyas normas destinadas a disminuir riesgos para la salud no habían sido tenidas en cuenta para su instalación¹⁷².

(iii) Por último, la dimensión del principio de precaución como principio justiciable derivado de la obligación de no hacer, ha sido desarrollado a través de las decisiones judiciales en las que, por lo general, se da una orden asociada con la orientación de expedir

alguna regulación. En estos casos la jurisprudencia no ha sido uniforme respecto a la prueba exigida; en ocasiones el solo hecho de existir controversia científica ha sido suficiente para que se emita la orden, mientras que en otras se ha exigido algún indicio de causalidad. Sin embargo, como aspecto integrador en todos aquellos, se trata de asuntos donde no existe regulación sobre el riesgo detectado, caso en el cual el juez debe determinar si se han cumplido los dos deberes de regular razonablemente o de cumplir con la regulación existente, antes de definir si resulta necesario regular de manera directa el riesgo, incluso, imponiendo prohibiciones de origen judicial.

5. Elementos de procedencia del principio de precaución

El artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993 prevé que “La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

Del texto mismo del artículo se desprenden los elementos del principio de precaución, los cuales, en cualquiera de sus manifestaciones o dimensiones, racionalizan su aplicación, es decir, acotan su radio de acción y por lo mismo son regla de verificación a fin de evitar el arbitrio de la autoridad judicial o administrativa¹⁷³; así, se reconocen los siguientes elementos:

- (i) Que exista riesgo o peligro de daño a bienes jurídicamente tutelados (medio ambiente y salud humana).
- (ii) Que el riesgo o peligro sea grave o irreversible.
- (iii) Que exista un principio de certeza científica no absoluta¹⁷⁴ (índices de plausibilidad) acerca de los riesgos o peligros que conlleva la actividad cuyos requisitos de orden técnico y procedural se están reglamentando.
- (iv) Que el acto enjuiciado esté encaminado a mitigar o impedir la degradación del medio ambiente que puede generar el desarrollo de la actividad reglamentada.

Además, bajo ese horizonte y en consideración a tales elementos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de precaución en un juicio de legalidad¹⁷⁵ presupone los siguientes criterios, los cuales han sido empleados en la resolución de acciones populares¹⁷⁶, de tutela¹⁷⁷, controversias contractuales¹⁷⁸ y reparaciones directas¹⁷⁹:

(i) La incertidumbre científica acerca del riesgo. El principio de precaución presupone el riesgo de que ocurra un daño grave e irreversible que perjudique al medio ambiente o a la salud humana, animal o vegetal, pero a su vez una falta de certeza científica sobre su ocurrencia y efectos. Este presupuesto se funda en la “indeterminación que se tiene en el ámbito de la ciencia para concretar la posible ocurrencia de un daño, indeterminación que obedece a la ausencia de plena evidencia sobre el carácter nocivo de una actividad”¹⁸⁰, y en que la falta de certeza absoluta respecto a la ocurrencia de posibles efectos nocivos de una actividad, procedimiento o tecnología en el ambiente o la salud de los seres vivos, hace que la ocurrencia del daño sea eventual o incierta, pero no menos relevante para la protección de estos bienes jurídicos.

Por tanto, el principio de precaución opera frente a riesgos potenciales como herramienta que se mueve en el campo de la probabilidad con miras a evitar que el daño se concrete. En contraste, si hay certeza científica sobre la ocurrencia de las consecuencias de la actividad, el principio de precaución no aplicaría y daría paso al principio de prevención. Si bien es frecuente que se confunda o se superponga el contenido y alcances del principio de precaución con el principio de prevención¹⁸¹, esta Corporación ha considerado que son

claramente diferenciables, aun cuando sus contenidos bien pueden considerarse complementarios¹⁸². El principio de precaución está llamado a operar antes de que se ocasione un daño o riesgo y previamente a que se tenga certeza absoluta sobre su ocurrencia, mientras el principio de prevención exige la existencia de certeza suficiente respecto de los riesgos o de su probabilidad de ocurrencia, de tal manera que actúa dentro de una cadena de causalidad conocida, con el fin de interrumpir su curso y prevenir la consumación del daño¹.

La evaluación científica del riesgo. El propósito de la precaución es otorgar una protección frente a un riesgo que debe estar sustentado, así no exista evidencia científica absoluta sobre éste. La preocupación sobre la existencia del riesgo potencial tiene que estar cimentada en premisas racionales y contar con algún respaldo científico serio e idóneo y, por tanto, supone que, aunque “existen evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente (...) esas evaluaciones científicas no son suficientes para establecer con precisión ese riesgo. Y es que, si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas”¹⁸⁴.

Entonces, no es suficiente que exista incertidumbre sobre la ocurrencia del daño; es necesario también que el riesgo sea evaluado científicamente y no sea producto de simples conjeturas, de manera que “no basta con señalar que la aplicación de un producto, proceso, actividad o tecnología pueden causar graves daños ambientales, ello debe acompañarse de una descripción de los eventuales daños, descripción a la que se llega luego de la correspondiente investigación”¹⁸⁵.

La identificación del riesgo. El principio de precaución presupone la existencia de un riesgo de daño cualificado, esto es, que sea grave e irreversible. Por tanto, el principio pretende conjurar daños relevantes y significativos cuyos efectos sean difíciles o imposibles de remediar, por lo que aplica en escenarios donde se amenace la destrucción o desequilibrio del ambiente y que no haya certeza de que éste pueda volver a su estado anterior. Sobre el punto, la doctrina ha precisado lo siguiente¹⁸⁶:

“No debe olvidarse que las medidas de precaución supondrán en algunos casos una restricción a la libertad de comercio e industria. Por ello, se justifican únicamente cuando los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud importante. Ahora bien, como es evidente, resulta imposible definir por adelantado qué se entiende por “grave”. Lo máximo que se puede afirmar es que es “grave” el daño que pone en peligro la vida y la salud de la población, o que altera en forma seria el equilibrio del ecosistema, al afectar las especies vegetales o animales, o los recursos naturales en general (las aguas, la atmósfera) o el clima. Pero determinar en cada caso si un daño es “grave” o no estará también en parte influido por el contexto cultural de que se trate. La extinción de una especie de ave puede considerarse como un daño grave en una determinada sociedad, y resultar totalmente indiferente en otra.

El carácter irreversible del daño también juega un rol decisivo al momento de decidir si se debe aplicar una medida de precaución. Una pauta que puede ayudar en la determinación de la irreversibilidad del daño es el carácter no renovable de aquellos bienes que resultan afectados, o su renovabilidad a muy largo plazo o con un alto costo económico. En algunos casos el principio de precaución también puede aplicarse cuando el daño temido no sea grave o irreversible de modo inmediato, pero sí pueda serlo a largo plazo, a través del efecto residual de una larga cadena de perjuicios menores.”

La proporcionalidad de las medidas. La proporcionalidad refiere a la simetría entre los fines de la administración y los medios empleados para alcanzarlos. El propósito de proteger el medio ambiente parte de que los riesgos provenientes de cualquier actividad no pueden ser mitigados en su totalidad, de manera que las medidas a adoptar tampoco puedan pretender

obviar esa circunstancia para exigir operaciones de riesgo cero, pues serían desproporcionadas, ya que toda actuación humana tiene repercusiones medioambientales. La administración deberá entonces considerar el costo -entendido como sacrificio- que supone la adopción de las acciones preventivas en relación con los beneficios esperados para el ambiente.

Conforme lo anterior, y a manera de ejemplo, para verificar la proporcionalidad de un acto administrativo regulatorio y técnico deberá analizarse: (a) la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas que incorpora; (b) la necesidad de regular técnicamente la actividad en atención a los riesgos que comporta su desarrollo para el medio ambiente y a la salud humana; (c) que la regulación técnica contenga “medidas eficaces [idóneas] para impedir la degradación del medio ambiente”¹⁸⁷, y (d) que satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el provecho que supone la actividad se logre a través de la regulación técnica con el menor grado de afectación al medio ambiente.

6. Características más relevantes del principio de precaución para el caso concreto

Conforme al breve recuento antes efectuado, la Sala resalta las siguientes conclusiones respecto del principio de precaución, las que, en su criterio, resultan relevantes para la solución del caso particular:

i) En primer lugar, viene bien señalar que, si bien el principio de precaución, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸⁸, tiene sustento y es compatible con la Constitución Política, no es un principio que ostente rango constitucional ni está nominado expresamente en su texto. Este principio es desarrollo legal de un mandato de estirpe constitucional, que le impone al Estado el deber, entre otros, de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

ii) El principio de precaución fue incorporado al derecho colombiano en virtud de la potestad de configuración normativa del legislador en materia ambiental, que reprodujo el principio número 15 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, por lo que el juicio de validez de las normas demandadas con fundamento en la trasgresión del citado principio está mediado por un desarrollo de naturaleza legal sobre su alcances y contenidos.

iii) Este principio no es una simple directriz política, sino que tiene valor normativo en tanto fue positivizado en el derecho colombiano por la Ley 99 de 1993, sin perder su naturaleza. Por otra parte, es un principio justiciable por cuanto su aplicación se puede reclamar jurisdiccionalmente, de manera que sí puede servir como parámetro de control para juzgar la legalidad de un acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo cual, en razón de su estructura lógica y al tratarse del desarrollo legal de un deber más genérico de contornos parcialmente indeterminados, su aplicación debe estar precedida o mediada por una operación de concreción que da como resultado una o más reglas implícitas (de supuesto cerrado).

iv) El principio de precaución bajo la Ley 99 de 1993 no tiene, por regla general, un carácter prohibitivo y paralizante bajo una concepción de sus versiones fuertes o extremas; por el contrario, es un llamado a la acción regulatoria. En consecuencia, este principio no se concreta en una prohibición a las autoridades regulatorias para establecer los requisitos técnicos que deben cumplir quienes adelantan determinadas actividades comerciales y que tienen una incidencia ambiental jurídicamente relevante, pues la sostenibilidad del desarrollo no es sinónimo de prohibición del desarrollo o de las nuevas tecnologías; de este modo el citado axioma se aparta de las reglas y prohibiciones absolutas que consideran las actividades como peligrosas en sí mismas¹⁸⁹, y en su lugar, busca optimizar el control y la gestión del riesgo.

v) Las autoridades, bajo sus facultades discretionales, tienen la atribución y el deber de escoger los medios apropiados, a la luz de las circunstancias concretas, para alcanzar la finalidad legalmente perseguida con el principio de precaución, el cual exige que la determinación sobre tales medios (restricciones, limitaciones o, inclusive, prohibiciones) sean razonables y estén fundamentadas en una investigación adecuada de los factores desencadenantes de tales riesgos y de los bienes jurídicos que pueden verse afectados por su materialización.

vi) El juez no debe invadir la órbita de la acción regulatoria, sino limitarse a constatar que, en la fase de producción normativa, el órgano competente haya efectuado investigaciones adecuadas que justifique razonablemente las medidas adoptadas con la regulación. El juez tampoco debe fijar la política pública respecto de la actividad en cuestión.

vii) En el juicio de legalidad debe examinarse el estado actual del conocimiento y, con esa base, (a) verificar la incertidumbre científica del riesgo que supone la actividad, procedimiento o tecnología objeto de regulación; (b) evaluar dicho riesgo, esto es, que no sea una simple conjetura y aunque exista controversia al respecto, debe tener bases científicas plausibles; (c) identificar el riesgo grave e irreversible que este suponga y por lo que resulta inaceptable. Con todo, se debe revisar (d) la proporcionalidad de las medidas adoptadas, según los parámetros anotados.

7. Potestades normativas

La cláusula general de competencia legislativa corresponde a un principio con origen en la división tripartita del poder público en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tal como se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 113 de la Constitución Política¹⁹⁰, principio que implica el otorgamiento de la facultad general de regulación legislativa al Congreso de la República, órgano que goza de primacía en su producción normativa.

Conforme a lo anterior, como principio general constitucional, el Congreso de la República es el encargado por autonomía de desarrollar la Carta y dictar las leyes¹⁹¹, en tanto es dicho órgano, por habilitación democrática, “el titular de la llamada cláusula general de competencia legislativa”, salvo cuando la Constitución asigna tal competencia a otro órgano estatal”¹⁹².

Aun cuando la facultad de producción normativa por regla general pertenece al legislativo producto de la cláusula general de competencia antes indicada, tal regla tiene sus excepciones concebidas en la necesidad de regular multiplicidad de actividades y conductas de los destinatarios de las normas jurídicas, en diversos planes, sectores y ante las realidades variables y dinámicas del Estado y la sociedad, sin que exista un órgano capaz de satisfacer a cabalidad tal función de forma exclusiva y por sí mismo, lo que ha llevado a reconocer la facultad de producir normas jurídicas en el poder ejecutivo¹⁹³.

Como ha sido explicado por esta Corporación, la creación normativa en nuestro ordenamiento jurídico es un proceso de producción dinámico, en tanto “comporta varios grados, adopta diversas formas e involucra una pluralidad de poderes y autoridades”¹⁹⁴, pues si bien en principio la Constitución atribuye al Congreso de la República la creación de las normas generales -leyes en sentido formal-, existen autoridades que, dentro de ciertos límites, también están facultadas para dictar normas de carácter general, bien con fuerza de ley por precisas habilitaciones pro tempore, excepcionales y extraordinarias - también leyes en sentido material-¹⁹⁵, o bajo la denominación especial de reglamentos.

En este sentido, si bien los artículos 114 y 150 de la Constitución Política disponen que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, y por medio de ellas, también interpretar, reformar y derogar la legislación preexistente¹⁹⁶, bajo el concepto de

colaboración armónica que sustenta la estructura funcional del Estado¹⁹⁷ y en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11º superior, corresponde al Presidente de la República, como suprema Autoridad Administrativa, “11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

La disposición antes transcrita es el fundamento constitucional de la denominada potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, conforme a la cual, tiene la facultad de expedir normas imperativas generales que desarrollan el contenido de la ley cuando ello sea necesario para asegurar su debida ejecución, y por tanto, con sujeción ineludible al marco, contenido y alcance de la ley, preservando su naturaleza y elementos esenciales, pero detallando su aplicación, al definir la forma o modo en que sus destinatarios la deben cumplir¹⁹⁸.

Sin embargo, esta facultad del Presidente de la República para reglamentar la ley cuando ello es necesario para lograr su cumplimiento -desenvolviendo, concretando y aplicando su sentido- no debe confundirse con las competencias legalmente atribuidas a determinadas autoridades, que también bajo habilitación de la Carta, cumplen o ejecutan funciones específicas, y que, a su vez, pueden traducirse en actos de carácter general¹⁹⁹. Como ejemplo de lo anterior se encuentran los Ministerios, quienes desarrollan una actividad reglamentaria que podría denominarse secundaria y residual²⁰⁰, tal como se deriva de sus funciones contempladas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 59 de la Ley 489 de 1998²⁰¹, así como del artículo 208 superior, conforme al cual, a los Ministerios les corresponde “formular las políticas concernientes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”.

A partir de lo establecido en las normas citadas, se observa que la función de los Ministerios dentro de la estructura orgánica del Estado es la de ser, bajo la dirección del Presidente de la República, la máxima autoridad administrativa en el área correspondientemente asignada y que, en ejercicio de dicha función, pueden formular y adoptar las políticas y normas necesarias para ejecutar la ley en el ámbito de su especialidad, normalmente, con un acentuado carácter técnico u operativo, pero bajo una competencia de orden residual subordinada a la ley, a la potestad reglamentaria del Presidente²⁰² y a los asuntos propios de su área de competencia.

Con la anterior precisión se revela que, como parte del poder central y de la rama ejecutiva²⁰³, los Ministerios tienen por tarea desarrollar funciones previamente determinadas en la legislación y en el reglamento presidencial, razón por la cual la Corte Constitucional ha concluido que es ajustado a la Carta que la ley atribuya directamente a los Ministerios “competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria”²⁰⁴.

Por tanto, en virtud de la Constitución y la ley, los ministros gozan de facultades para formular las políticas atenientes a su despacho y ejecutar también los reglamentos y la ley, circunstancia que realizan de forma especializada, por ejemplo, cuando se encargan de normativizar los aspectos eminentemente técnicos y operativos de los asuntos de su competencia, bajo la forma de los denominados “reglamentos técnicos”.

8. El reglamento técnico

Mediante Decreto 2416 de 1971²⁰⁵ se estableció inicialmente, que: (i) la normalización técnica consiste en el proceso de formular y aplicar reglas con el propósito de establecer un orden, en una actividad específica, para beneficio y con la cooperación de los interesados y, en particular, para la obtención de una economía óptima de conjunto²⁰⁶; (ii) debe entenderse

por norma técnica el compendio de especificaciones que definen, clasifican, califican o racionalizan un material, un producto o un procedimiento para que satisfaga las necesidades o los usos a que está destinado²⁰⁷; (iii) en la resolución que oficialice una norma técnica debe indicarse si ésta tiene carácter obligatorio y precisarse su grado de obligatoriedad²⁰⁸; y, (iv) habrán de adoptarse como normas oficiales obligatorias aquellas “que se relacionen con materiales, procedimientos o productos que afecten la vida, la seguridad o la integridad corporal de las personas”.

Ya con la Constitución Política de 1991 se dispuso en su artículo 78 que serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud y la seguridad, mientras que en su artículo 333 estableció que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común.

El Decreto 2416 de 1971 fue derogado por el Decreto 2269 de 1993²¹⁰, norma que en su artículo 2º, ajustado a un nuevo entorno constitucional, dispuso lo siguiente:

i) Definió la normalización técnica como la actividad que establece, en relación con una problemática actual o potencial, soluciones para aplicaciones repetitivas y comunes, con el objeto de lograr un grado óptimo de orden en un contexto dado, actividad que se materializa en la elaboración, la adopción y la publicación de las normas técnicas²¹¹;

ii) Precisó que las normas técnicas son aquellos documentos consensuados y aprobados por un organismo reconocido que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, y que se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia, mientras sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad²¹²;

iii) Incluyó el concepto de reglamento técnico, entendido como la reglamentación de carácter obligatorio ex- pedida por la autoridad competente con fundamento en la ley, que suministra requisitos técnicos, bien sea directamente, o mediante referencia o la incorporación del contenido de una norma nacional, regional o inter- nacional, una especificación técnica o un código de buen procedimiento²¹³.

Mediante la Ley 170 de 1994²¹⁴, ley aprobatoria de varios acuerdos internacionales en materia de comercio exterior, el Congreso de la República aprobó el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), el que, como parte de sus consideraciones, determina que los estados, en sus relaciones comerciales y económicas, deben tender a elevar los niveles de vida, lograr el pleno empleo y acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo a su vez la utilización óptima de los recursos mundiales con el objetivo de un desarrollo sostenible, y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo.

Dentro de los instrumentos aprobados mediante la Ley 170 de 1994, se encuentra, entre otros²¹⁵, el Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), el cual tiene como objetivo “que los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos (...) no sean discriminatorios ni creen obstáculos innecesarios al comercio [y] reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a aplicar medidas para alcanzar objetivos normativos legítimos, tales como la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente”, norma que bajo su artículo 2º, relativo a la “elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central”, establece entre otras disposiciones que:

i) No se deben elaborar, adoptar o aplicar reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional; los obstáculos deben ser los estrictamente necesarios para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos

que crearía no alcanzarlo, dentro de los cuales, se encuentran la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente²¹⁸. ii) Cuando un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos antes referenciados, y el mismo sea conforme con las normas internacionales, se presumirá -a reserva de impugnación que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.

iii) Al evaluar los riesgos, los elementos pertinentes a considerar para elaborar el reglamento son principalmente la información científica y técnica disponible, así como la tecnología de elaboración o los usos finales a que se destinan los productos²²⁰.

iv) Se usarán las normas internacionales o sus elementos pertinentes como base de los reglamentos técnicos, salvo en el caso de que aquellas sean ineficaces o inapropiadas para lograr los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo, a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales, o problemas tecnológicos.

v) Se deberán notificar a los demás Miembros del Acuerdo los proyectos de reglamentos técnicos cuando éstos no estén de acuerdo con las normas internacionales o sus elementos pertinentes, siempre que dichos reglamentos puedan tener un efecto significativo en el comercio de otros miembros²²².

El artículo 3º del Acuerdo OTC, referente a la “elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones públicas locales y por instituciones no gubernamentales”, establece que los miembros: (i) tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones públicas locales y no gubernamentales en su territorio cumplan las disposiciones del artículo 2º -antes referidas-, y (ii) no adoptarán medidas que obliguen o alienten a esas instituciones a actuar de manera incompatible con esas disposiciones.

Se destaca que, tal como lo ha aclarado esta Corporación²²⁴, los Acuerdos de la OMC constituyen el marco común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros y son vinculantes en la medida en que crean derechos y obligaciones para quienes los hayan aceptado.

Por otra parte, en la Decisión 376 de 1995, instrumento de la Comunidad Andina relativo al “Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología” se encuentra, lo siguiente: Bajo el Anexo II, glosario de términos, se definió como Reglamento Técnico²²⁵ el documento aprobado por una autoridad competente “que contiene requisitos técnicos o hace referencia a normas o especificaciones técnicas o códigos de práctica o los integra a su contenido”. Posteriormente, bajo los instrumentos modificatorios de la Decisión 376 de 1995²²⁶ el reglamento técnico se definió como el documento en el cual “se establecen las características de un, producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables cuya observancia es obligatoria”, que puede incluir prescripciones, por ejemplo, en materia de terminología y símbolos aplicables a un proceso o método de producción.

En el artículo 26 se autoriza a mantener, elaborar o aplicar reglamentos técnicos en materia de seguridad, protección a la vida, salud humana, animal, vegetal y protección al medio ambiente, aspectos que se mantuvieron como “Objetivos Legítimos” posteriormente bajo la Decisión 562 de 2003 y la Decisión 827 de 2018²²⁷.

Con fundamento en la Ley 155 de 1959²²⁸, la Ley 170 de 1994 y la Decisión Andina 376 de 1995, y en desarrollo de los Decretos 1112 de 1996²²⁹ y 2522 de 2000²³⁰, mediante la Resolución 03742 de 2001, “por la cual se señalan criterios y condiciones que deben cumplirse para la expedición de Reglamentos Técnicos”, se dispuso que:

i) El Reglamento Técnico corresponde al documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción-, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria²³¹.

ii) Corresponden a condiciones materiales para la expedición de un Reglamento Técnico²³², principalmente las siguientes:

a. El Reglamento Técnico debe ser necesario para que se logre al menos uno de los siguientes objetivos: Eliminar o prevenir adecuadamente un riesgo para la salud, la salubridad, o el medio ambiente, o para la salud o la vida vegetal o animal; eliminar o prevenir riesgos para la seguridad nacional; o prevenir prácticas que puedan inducir a error.

b. El Reglamento Técnico no da un tratamiento menos favorable a productos provenientes de algún Estado Miembro, que el dado a los productos de nacionales o provenientes de otro Estado.

c. Se determinó el grupo o sector de personas o empresas que sería afectado por el Reglamento Técnico y el grado de la afectación.

d. Entre las alternativas posibles para eliminar o prevenir adecuadamente el riesgo, el Reglamento Técnico es aquella que genera menores costos de adopción e implementación.

e. Sólo debe prohibirse la fabricación, importación, comercialización o el uso de un determinado producto, la prestación de un servicio o la aplicación o implementación de un proceso o actividad, si no es posible adoptar un Reglamento Técnico que elimine o prevenga el riesgo que motiva su promulgación.

f. El Reglamento Técnico debe basarse en normas internacionales existentes o en normas técnicas colombianas que se basen en ellas, salvo que sean ineficaces o inapropiadas, caso en el cual, deberá estar soportado en evidencia científica reconocida.

iii) En relación con su contenido, los Reglamentos Técnicos deben incluir²³³: a) su finalidad; b) la enunciación de los productos, servicios, actividades o procesos a los cuales aplica; c) las definiciones necesarias para su adecuada interpretación; d) los requisitos que debe cumplir el producto, servicio o proceso y los métodos y condiciones de los ensayos a que debe someterse para considerarse ajustado a tales requisitos; e) la entidad a la que le compete vigilar su cumplimiento; y f) las derogatorias.

iv) Finalmente, como criterios o condiciones formales del Reglamento Técnico²³⁴ se requiere que: a) se hayan realizado las notificaciones pertinentes en virtud de los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia; y, b) los requisitos que el mismo contiene deben estar expresados en términos de propiedades de uso, empleo o desempeño de un producto, prestación de servicio, aplicación o implementación de procesos o, alternativamente, exigir que éstos sean marcados o acompañados de una clara y adecuada advertencia o instrucción, o precisar condiciones de uso, reciclaje, reutilización, eliminación o desecho.

Mediante el Decreto 1844 de 2013 se reglamentó la facultad de coordinación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, frente a la elaboración y notificación internacional de reglamentos técnicos²³⁵, cuyo artículo

2º dispuso que para surtir el trámite de notificación internacional de un proyecto de reglamento técnico en los términos del Acuerdo de OTC de la OMC, previamente, las autoridades competentes deberán solicitar “concepto a la Dirección de Regulación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, respecto del cumplimiento de los lineamientos del Subsistema Nacional de la Calidad y de si potencialmente podrían crear obstáculos técnicos innecesarios al comercio con otros países”.

Como norma técnico-operativa, los citados reglamentos están basados fundamentalmente en la ciencia o un área del especializada del conocimiento, y, en consecuencia, no tienen vocación de permanencia; todo lo contrario, su naturaleza les impone estar llamadas a ser ajustadas, actualizadas y modificadas, tanto por necesarias labores de armonización con otros reglamentos, como para coincidir con las nuevas tecnologías o conocimientos en el área respectiva.

En esta descripción normativa se observa, entonces, que el reglamento técnico corresponde a una expresión de la facultad de las autoridades administrativas en el ámbito de su competencia o sector, mediante el cual definen los requisitos y/o procedimientos técnico-operativos de ciertas actividades -o productos-. En tal sentido, el reglamento técnico, no es un desarrollo de la potestad reglamentaria general en cabeza del Presidente de la República, sino que corresponde al ejercicio, en el área que le ha sido asignada, de la facultad legal y constitucional otorgada a una autoridad administrativa para formular y adoptar políticas y normas, con acentuado carácter técnico u operativo, en el ámbito y en consideración a su especialidad.

De manera entonces que, el concepto de reglamento técnico está reconocido y definido en nuestro ordenamiento jurídico, así como determinada su naturaleza y los requisitos y elementos para su configuración, expedición y validez, del cual se destaca su carácter excepcional, no restrictivo del comercio, estar motivado en objetivos legítimos, ser proporcional a esos objetivos, dentro de los que sobresalen la protección a la vida, la salud y el medio ambiente, cumplir con el Acuerdo OTC de la OMC, y estar sustentado en evidencia científica.

9. Antecedentes y naturaleza de las normas demandadas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 332238 de la Constitución Política y por los artículos 5°239, 6°240 y 14241 de la Ley 685 de 2001, la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, de cualquier clase, yacentes en el subsuelo o en el suelo, en cualquier estado, son de propiedad inalienable, imprescriptible y exclusiva del Estado.

El artículo 334 superior establece que, como director general de la economía, el Estado intervendrá, por mandato de la ley, entre otros, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados²⁴². Por otra parte, el artículo 360243 ídem, autoriza expresamente la explotación de los recursos naturales no renovables, que ésta causará a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, y que la ley determinará las condiciones para realizar tal explotación, así como la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de esta actividad.

Por su parte, los artículos 3º y 5º del Decreto 070 de 2001244, establecieron que le corresponde al Ministerio de Minas y Energía, entre otros:

i) La formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo de Minas y Energía, propendiendo que las actividades que desarrollen las empresas del sector minero- energético garanticen el desarrollo sostenible de los recursos naturales.

ii) Definir la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como el establecimiento de normas técnicas sobre todas las actividades relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país en concordancia con los planes generales de desarrollo.

iii) Adoptar los planes de desarrollo del sector minero-energético del país, en concordancia con los planes generales de desarrollo y con la política macroeconómica del Gobierno Nacional, de manera que deberá identificar las necesidades del sector minero-energético y los planes generales deberán estar orientados a satisfacer esta demanda.

iv) Adoptar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables.

Mediante el documento CONPES No. 3517 de 2008, el Consejo Nacional de Política Económica y Social estableció los lineamientos de la política para la asignación de los derechos de exploración y explotación de gas metano en depósitos de carbón presente en yacimientos no convencionales²⁴⁵, así como el desarrollo de las normas técnicas para su extracción; documento en el que se recomendó al Ministerio de Minas y Energía²⁴⁶, con el apoyo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos -ANH- y el Instituto Colombiano de Geología y Minería - INGEOMINAS-²⁴⁷, que:

i) En un plazo no mayor a seis (6) meses, expida las normas técnicas para la exploración y producción de gas metano en depósitos de carbón, considerando la especificidad técnica de esta actividad, la normativa ambiental y el objetivo de maximizar la explotación del recurso.

ii) En un plazo no mayor a nueve (9) meses, elabore y adopte: a) un reglamento para la contratación de áreas para la exploración y producción de gas metano en depósitos de carbón; b) un modelo de contrato de exploración y producción de gas metano en depósitos de carbón; y, c) los mecanismos pertinentes para prevenir posibles conflictos entre explotadores de carbón y productores de gas metano en depósitos de carbón.

iii) Adopte y ponga en marcha las medidas necesarias para una debida coordinación en el manejo, intercambio y suministro de la información técnica disponible en los bancos de información o bases de datos que tales entidades administran.

Mediante la Resolución No. 181495 de 2009 del Ministerio de Minas y Energía, se establecieron algunas medidas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos, cuyo alcance se limitó a los yacimientos convencionales, pero aclaró en el parágrafo de su artículo 1º que “El Ministerio de Minas y Energía regulará las actividades relativas a la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales”.

La Ley 1450 de 2011, expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, con el objetivo entre otros, de “...lograr un dinamismo económico regional que permita desarrollo sostenible y crecimiento sostenido, más empleo formal y menor pobreza y en definitiva, mayor prosperidad para toda la población”, norma que en su artículo 2º dispuso que se integra a la Parte General del Plan Nacional de Desarrollo, y anexo de la ley²⁴⁸, el documento denominado “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para Todos”²⁴⁹. Este documento contiene los lineamientos y medidas referidas al Conocimiento Geocientífico para el respectivo cuatrienio y dispone en lo que respecta al presente asunto, lo siguiente:

i) Sobre el “Crecimiento sostenible y competitividad”²⁵⁰, se explica que el sector minero-energético representa la oportunidad “de aprovechar de manera responsable nuestra riqueza de recursos naturales para generar crecimiento sostenible y mayor equidad social, regional e intergeneracional” en tanto las elevadas proyecciones de producción de petróleo y carbón, las estimaciones al alza de los precios internacionales de la canasta minero-energética, y la creciente actividad de exploración en el territorio nacional, muestran el papel crucial y determinante que tiene este sector en la economía colombiana.

ii) En relación con el “Aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos”²⁵¹, establece que es fundamental mantener las condiciones económicas, la seguridad física y las reglas vigentes en materia contractual, con el propósito de consolidar la inversión en el sector, siendo de especial importancia “...ampliar el nivel de conocimiento del subsuelo, especialmente en aquellas cuencas no exploradas, para conocer su potencial y poderlas entregar a los inversionistas bajo esquemas competitivos”, como parte de lo cual, así como del fortalecimiento de la ANH, “es necesario

identificar y materializar el potencial en yacimientos no convencionales, considerando aspectos ambientales y promoviendo la maximización de la explotación del recurso, en concordancia con la situación de abastecimiento energético del país. Para ello, el Gobierno nacional contratará los estudios necesarios para establecer un modelo contractual y elaborará la reglamentación técnica necesaria para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales de hidrocarburos, dentro de los que se destaca el de gas metano asociado al carbón”.

El Decreto 381 de 2012²⁵² modificó la estructura del Ministerio de Minas y Energía, aunque mantuvo (artículo 2º) sus funciones relativas a la formulación, adopción e implementación de la política nacional en materia de exploración y explotación de hidrocarburos y biocombustibles, incluyendo la facultad, de: (i) formular y adoptar políticas orientadas a que las actividades que desarrollen las empresas del sector garanticen el desarrollo sostenible de los recursos naturales no renovables; (ii) adoptar los planes de desarrollo del sector minero energético del País en concordancia con los planes nacionales de desarrollo y con la política del Gobierno Nacional; y (iii) expedir los reglamentos del sector, siendo función de la Dirección de Hidrocarburos, “Proyectar los reglamentos técnicos para la exploración, explotación, producción, transporte, refinación, distribución, procesamiento, comercialización y exportación de hidrocarburos, gas y biocombustibles”.

Bajo el anterior marco normativo, particularmente en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 8º de la Ley 1274 de 2009²⁵⁴ y el numeral 4º del artículo 5º del Decreto 381 de 2012²⁵⁵, así como en lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (Ley 1450 de 2011), el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución No. 180742 de 2012, “Por la cual se establecen los procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales”, cuyo objeto consistió en definir el procedimiento para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales garantizando el desarrollo sostenible de los recursos naturales no renovables y atendiendo a las buenas prácticas de la industria²⁵⁶. Entre otros, se dispuso en esta resolución; lo siguiente:

- i) En su artículo 5º refirió a que su naturaleza, es la de un Reglamento Técnico²⁵⁷.
- ii) Explicó en sus considerandos que, no obstante, la resolución regula aspectos técnicos relacionados con la exploración y explotación de yacimientos no convencionales, no es necesario surtir el trámite de notificación ante la OMC de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo OTC, por cuanto los preceptos en él contenidos no constituyen obstáculo al comercio intrasubregional.
- iii) Definió el yacimiento no convencional como una “Formación rocosa con baja permeabilidad primaria a la que se le debe realizar estimulación para mejorar las condiciones de movilidad y recobro de hidrocarburos. Los yacimientos no convencionales típicos incluyen, entre otros, las arenas y carbonatos apretados, gas metano asociado a mantos de carbón, gas y petróleo de lutitas y arenas bituminosas”²⁵⁸.
- iv) Se incluyeron las reglas y requisitos técnicos relacionados especialmente con el sistema de coordenadas²⁵⁹, los registros y muestreo de los pozos²⁶⁰, la perforación de pozos estratigráficos²⁶¹ y su abandono²⁶², los pozos exploratorios²⁶³, los pozos de

desarrollo²⁶⁴, el programa global de perforación²⁶⁵ y el inicio de la explotación de yacimientos no convencionales²⁶⁶.

Por su parte, la Ley 1530 de 2012, por la cual se reguló la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías, dispuso que es función del Ministerio de Minas y Energía fiscalizar la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables²⁶⁷ y encomendó al Gobierno Nacional la definición de los criterios y procedimientos para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de forma técnica, económica y ambientalmente eficiente, así como los demás aspectos técnicos, tecnológicos, operativos y administrativos para ejercer la labor de fiscalización; además, definió esta última como “el conjunto de actividades y procedimientos que se llevan a cabo para garantizar el cumplimiento de las normas y de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, la determinación efectiva de los volúmenes de producción y la aplicación de las mejores prácticas de exploración y producción, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, operativos y ambientales...”²⁶⁸.

Adicionalmente, la Ley 1530 de 2012 incentivó la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales, señalando en el parágrafo primero de su artículo 14 que “Con el fin de incentivar la exploración y explotación de hidrocarburos provenientes de yacimientos no convencionales (...) se aplicará una regalía del sesenta por ciento (60%) del porcentaje de participación de regalías equivalentes a la explotación de crudo convencional”.

Con base en los precedentes antes citados y en la necesidad de establecer mejores criterios y procedimientos aplicables a la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, en particular, respecto a las especificaciones técnicas requeridas para lograr el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables bajo esa clase de formaciones, fue expedido el Decreto 3004 de 2013, objeto de este proceso, el cual, como ya se ha indicado:

i) Definió como yacimiento no convencional la formación rocosa con baja permeabilidad primaria a la que se debe realizar estimulación para mejorar las condiciones de movilidad y recobro de hidrocarburos; incluye yacimientos de gas y petróleo en arenas y carbonatos apretados, gas metano asociado a mantos de carbón, gas y petróleo de lutitas, hidratos de metano y arenas bituminosas²⁶⁹.

ii) Ordenó al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con sus competencias y dentro de los seis (6) meses siguientes, expedir “las normas técnicas y procedimientos” en materia de integridad de pozos, estimulación hidráulica, inyección de agua de producción, fluidos de retorno y sobre otras materias técnicas asociadas a la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales, para adelantar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en los citados yacimientos, “a excepción de las arenas bituminosas e hidratos de metano”²⁷⁰.

iii) Dispuso en el parágrafo del artículo 2º que las normas de la reglamentación técnica a ser expedida serán observadas, “sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de carácter ambiental establecidas por las autoridades competentes”.

Al hilo del anterior mandato, fue expedida la Resolución No. 90341 de 2014 -norma también demandada-, la cual derogó casi que en su totalidad la anterior reglamentación contenida en la Resolución No. 180742 de 2012, salvo los artículos 18 y 19²⁷¹ y, conforme a su artículo 1º, contiene los requerimientos técnicos y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, con excepción de las arenas bituminosas e hidratos de metano. Se señala que la norma fue expedida con el objetivo de que las actividades que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, garanticen el desarrollo sostenible en la actividad industrial, requerimientos que, según el artículo 3º de la resolución, reiteran lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2º del Decreto

3004 de 2013, deberán ser cumplidos “sin perjuicio de las obligaciones de carácter ambiental establecidas por las autoridades competentes”.

En adición a lo descrito bajo el acápite de antecedentes y de reiterar la definición de yacimiento no convencional, bajo los considerandos de la Resolución No. 90341 de 2014 se explica que, al revisar el contenido de la Resolución No. 180742 de 2012, se evidenció la necesidad de modificar y ampliar su contenido y alcance para cumplir con el mandato del Decreto 3004 de 2013. Se indicó, además, que tal como se evidenció en la Resolución No. 180742 de 2012, en el nuevo reglamento no se encontraron prescripciones que tengan un efecto significativo en el comercio de otros Miembros de la OMC, según lo estipulado en el numeral 2.9 del Acuerdo OTC, “debido a que se trata de una medida nacional procedural, que no establece requisitos de producto”, concluyéndose por parte de la Dirección de Regulación del Ministerio de Comercio Industria y Turismo²⁷², que la resolución “...no requiere del concepto previo que indica el Decreto 1844 de 2013, ni tampoco surtir el proceso de notificación internacional”²⁷³. También refirió en su artículo 4°, como en la reglamentación anterior, que su naturaleza es la de un Reglamento Técnico²⁷⁴.

En este orden de ideas, puede concluirse respecto de la naturaleza, objeto y alcance de las normas demandadas, que:

i) El Decreto 3004 de 2013 fue expedido con fundamento en las facultades otorgadas expresamente por el legislador bajo el artículo 13 de la Ley 1530 de 2011²⁷⁵ y el artículo 8° de la Ley 1274 de 2009²⁷⁶, siguiendo las recomendaciones del documento CONPES No. 3517 del 14 de mayo de 2008²⁷⁷, y se limitó a reiterar la definición de yacimientos no convencionales²⁷⁸ y otorgar un plazo perentorio al Ministerio de Minas y Energía -seis (6) meses-, para que en ejercicio de sus competencias expresas en materia de fiscalización²⁷⁹ y reglamentación²⁸⁰ del sector minero energético, expidiera el reglamento técnico relativo a su exploración y explotación²⁸¹.

ii) La Resolución No. 90341 de 2014: a) es una norma de carácter técnico u operativo expedida dentro de la órbita competencial del Ministerio de Minas y Energía para definir las características de una actividad, proceso o método de producción, con inclusión de las disposiciones administrativas obligatorias que le son aplicables; por ende, corresponde en su naturaleza y esencia a un reglamento técnico; y, b) fue expedida en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 3004 de 2013 y ante la necesidad de actualizar la reglamentación fijada inicialmente por la Resolución No. 180742 de 2012, respecto de la exploración y explotación de yacimientos no convencionales.

10. La competencia del juez de nulidad

Los actos de la administración, como expresión de su voluntad en ejercicio de las competencias que se le han asignado, tal como es dispuesto por los artículos 88282 y 89283 del CPACA²⁸⁴, gozan en nuestro ordenamiento jurídico de los atributos emanados del poder público, de presunción de legalidad y ejecutividad, de manera que, de una parte se entienden ajustados al ordenamiento jurídico, pues el legislador da por cierto que cumplen los elementos de validez que justifican su origen y, por ello, están llamados a desencadenar sus efectos; y de otra, son ejecutables en forma inmediata; en consecuencia, cualquier inconformidad frente éstos debe ser planteada ante el juez contencioso administrativo para que se pronuncie sobre la legalidad de la decisión cuestionada y, por esta vía disponga, de existir fundamento para ello, su anulación, teniendo la parte actora la carga de desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto, pues su estudio oficioso está vedado para el juez²⁸⁵.

Por tanto, el acto administrativo, una vez ejecutoriado, produce todos sus efectos y se impone como obligatorio su cumplimiento hasta tanto el juez no declare lo contrario, por lo cual esta Corporación ha explicado que quien pretenda su nulidad además de expresar

claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega, tiene también la obligación de demostrar los hechos en que se sustenta “...pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara” 286.

Al lado de lo anterior, habrá de considerarse que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad sujeta al derecho administrativo de las entidades públicas o de los particulares cuando ejerzan funciones administrativas. 287 Uno de los pilares de esta jurisdicción, que se relaciona con la presunción de legalidad del acto, es el principio de la justicia rogada, el cual limita al juez a resolver lo pedido en la demanda, sin que pueda confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas ni atender conceptos de violación diferentes a los contenidos en ella²⁸⁸.

Por lo anterior, los juicios de nulidad se limitan a lo expresado por la parte actora en la demanda sin que sea posible para el juez contencioso administrativo realizar un control abstracto de legalidad frente al acto impugnado, de manera que, tal como lo prescribe el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo y como presupuesto de la demanda, “...deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”, toda vez que “...el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis” 289.

Como ha sido explicado por esta Corporación, lo expuesto en el párrafo anterior “...es aplicable a la acción de simple nulidad, pues aun cuando este medio pueda ser ejercido por cualquier ciudadano, le es exigible plantear los reproches de ilegalidad” 290, como lo exige expresamente el numeral 4 del artículo 162 del CPACA referido, así como el principio de congruencia o consonancia que se erige como garantía del derecho fundamental al debido proceso de las partes en desarrollo proceso judicial, en el sentido que al juez solo le resulta permitido pronunciarse con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo.

Por tanto, si bien el juez de la nulidad puede estatuir disposiciones que amparen derechos fundamentales de aplicación inmediata, o inaplicar las disposiciones inconstitucionales, la naturaleza y características propias del acto administrativo imponen que en su impugnación deban definirse las normas violadas y explicarse las razones por las cuales se configura la causal de nulidad alegada, pues obrando la presunción de legalidad del acto, le corresponde a quien alega lo contrario, cumplir con las cargas procesales que prevé el ordenamiento jurídico para su impugnación.

En tal sentido, si bien el juez de la nulidad debe valorar adecuadamente esta exigencia legal sin llegar a desnaturalizar su sentido práctico²⁹³, no es razonable ni válido que presumiéndose legal el acto administrativo, tenga que adelantar oficiosamente la dispendiosa labor de buscar ilimitadamente las eventuales causas de nulidad frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad administrativa²⁹⁴, pues esto, además de ser ajeno a su función, implicaría estatuir un sistema de control más cercano a la coadministración.

Ahora, en lo referente a las causales de nulidad del acto administrativo, el artículo 137 del CPACA las funda soportado en los defectos o vicios de los elementos constitutivos del acto administrativo; así, se establece que podrá solicitarse que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones de quien los profirió.

En el caso concreto, el demandante afirma que el Decreto 3004 de 2013 y la Resolución No. 90341 de 2014 (i) autorizan un técnica extractiva; (ii) a la vez que adopta una regulación insuficiente e inadecuada para evitar los riesgos que se generan con la explotación de yacimientos no convencionales mediante el fracturamiento hidráulico, lo cual supone una violación directa a los artículos 79 y 80 de la Constitución que prevén el derecho a un medio ambiente sano y la garantía de desarrollo sostenible, además de una trasgresión al principio de precaución previsto en los artículos 1-1 y 1-6 de la Ley 99 de 1993.

Se observa, entonces, que el cargo de nulidad aducido por la parte actora consiste específicamente en la presunta infracción de las normas en que debían fundarse los actos acusados²⁹⁵, contravención legal que acaece cuando se configura²⁹⁶ respecto de la norma superior: (i) una falta de aplicación, que tiene lugar cuando el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, no la aplica a la solución del caso; (ii) aplicación indebida que se configura cuando el precepto jurídico se hace valer a pesar de no ser el pertinente para resolver el asunto objeto de decisión; o (iii) interpretación errónea, cuando el precepto que se aplica es el que regula el asunto por resolver, pero la administración lo entiende equivocadamente, y erróneamente comprendido, los emplea.

Por tanto, la competencia de la Sala en el presente asunto se circunscribe a determinar, con fundamento en las razones jurídicas aducidas por el actor, si se presenta la presunta transgresión por parte de los actos demandados de las normas de mayor jerarquía indicadas en la demanda, y por ende, si se desvirtúa la presunción de legalidad que reviste a los mismos bajo el análisis del cargo en los términos formulados por la parte actora, que es el lugar donde debió sustentar de manera suficiente, la falta de aplicación, o aplicación indebida, o errónea interpretación de las normas superiores.

Como complemento de lo anterior, habrá de precisarse que la exigencia antes indicada, sin llegar a desnaturalizar la condición pública de la acción de nulidad como medio de control del poder al alcance de cualquier asociado, no es contraria a que se deba verificar que el demandante hubiere desplegado una mínima carga argumentativa que articule de forma razonable y comprensible las razones por las cuales se configura la causal invocada en razón de los elementos que definen esa configuración, aspecto que de no estar presente implica que el cargo formulado y las razones que lo fundan no puede ser ampliado por el juez de la nulidad, cuya decisión debe enmarcarse en los linderos de la problemática jurídica que ha sido propuesta pues, de lo contrario, se excederían las atribuciones del control judicial objeto del proceso y se quebrantaría la presunción de legalidad que debe enervarse por quien promovió la acción.

11. El control jurisdiccional del reglamento técnico

Precisado lo anterior, la Sala procede a plasmar algunas consideraciones frente al control de legalidad de los reglamentos técnicos.

Es una realidad que la producción normativa de la administración ha tenido que acompañarse con la tecnificación de sus competencias ante la necesidad de adoptar y partir de la base de conocimientos propios del ámbito científico, asunto que es materializado principalmente bajo la reglamentación técnica, razón por la que resulta esencial determinar la función y alcance de la competencia del juez de nulidad en el control jurisdiccional de este tipo de actos administrativos.

El control judicial del reglamento técnico remonta al concepto de “discrecionalidad técnica”, asunto que no ha sido pacífico pero sí trascendente y ha sido ampliamente discutido especialmente en la doctrina foránea, partiendo de la inexistencia de una unidad de criterio para interpretar el fenómeno de lo discrecional como actividad jurídica de la administración controlable por los jueces²⁹⁹, al punto que algunos autores han afirmado que la discrecionalidad es el eje de toda la problemática del derecho administrativo³⁰⁰, y que el

control judicial de la potestad discrecional, constituye el núcleo central de dicha problemática³⁰¹.

Sobre el control judicial de la discrecionalidad técnica de la administración, pueden resaltarse tres (3) posturas principales que gravitan en torno a los límites y alcance de la revisión judicial:

i) La primera de ellas entiende, esencialmente, que el reglamento técnico no es objeto de revisión jurisdiccional en tanto el juez administrativo no tiene los conocimientos suficientes para precisar las cuestiones técnicas necesarias que le permitan resolver la impugnación o los reproches realizados al mismo de manera objetiva, por lo que, de admitirse tal revisión, la decisión del juez no correspondería realmente a un control de legalidad, sino a darle prevalencia a un nuevo punto de vista técnico sobre el asunto puesto a consideración³⁰². De esta forma, se afirma bajo esta postura que “salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces” ³⁰³.

Para precisar aún más esta problemática y su solución, la doctrina italiana³⁰⁴ diferenció entre cuestiones técnicas simples y cuestiones técnicas complejas, entendidas las primeras como aquellas que no dan lugar a dudas, conducen a una sola solución y por ende no permiten discrecionalidad alguna, mientras las segundas derivan en la posibilidad de elegir entre varias posiciones técnicas posibles, lo que impediría su impugnación judicial dada la inexistencia de tribunales técnicamente competentes para ejercer ese control³⁰⁵.

Para la Sala, esta posición, además de que resultaría contraria a variados cánones constitucionales y legales, confunde la discrecionalidad técnica con una especie de inmunidad que convierte a la administración infalible en los asuntos técnicos propios de su sector, bajo el entendido que se encuentra mejor preparada, especializada y democráticamente legitimada para adoptar decisiones técnicas que los jueces³⁰⁶, de manera que “... el control jurisdiccional de la Administración sólo se debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una calidad material al menos igual (gleiche Sachqualität) a la de la decisión administrativa que se pretenda corregir” ³⁰⁷.

ii) La segunda postura concibe al reglamento técnico como acto indiscutiblemente sujeto a control y revisión jurisdiccional³⁰⁸ y, por lo tanto, expuesto a su eventual anulación por parte del juez, sin diferenciación a cualquier otro acto administrativo, fundamentalmente sustentado en la inviabilidad de que en un Estado de Derecho existan decisiones administrativas ajenas a dicho control. Bajo esta posición se ha afirmado que la discrecionalidad técnica no es tal, en tanto no implica ponderación de intereses ni un juicio de oportunidad al tratarse de la aplicación de reglas y normas técnicas que permiten encontrar una solución científica unívoca³¹⁰; de manera que “no se puede hablar de discrecionalidad técnica, puesto que se trata de conceptos antagónicos (...) cuando hay discrecionalidad no puede nunca hablarse de técnica, y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad [pues] lo técnico no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, sino que se valora”.

iii) Finalmente, la tercera posición, que podría considerarse como intermedia, enseña que los criterios técnicos esgrimidos por la administración como fundamento de sus decisiones, pueden en algunos casos ser plenamente controlados por los jueces, mientras que, en otros, el juez deberá estarse a lo resuelto por el órgano administrativo atendiendo a la naturaleza del criterio técnico en el cual se apoya la decisión.

Bajo esta tesis, se ha explicado³¹³ que la apreciación técnica de la administración puede provenir de asuntos donde se predica una “discrecionalidad fuerte”, por ejemplo, cuando el ordenamiento le confiere a la autoridad la facultad de elegir una entre varias vías posibles

para la satisfacción del interés público, o en los escenarios donde la decisión es tomada con base en hipótesis científicas que no pueden ser corroboradas³¹⁴; en tales supuestos la administración deberá elegir motivadamente la opción que estime más conveniente para el interés público, mientras que el control judicial debe ser “negativo”, en el sentido que debe circunscribirse a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por la Constitución y la ley, así como la proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

Como se observa, esta postura tiene en cuenta que no siempre es posible identificar soluciones científicas únicas o infalibles, lo cual abre a la administración un margen de escogencia entre las diversas opciones técnicamente viables, elección que realiza de conformidad con otros criterios legítimos, como se observa, por ejemplo, en áreas del conocimiento científico como el económico - financiero, cuyas construcciones y principios de actuación y decisión están impregnados de criterios políticos y de valor.

Pero, además, esta postura intermedia de la discrecionalidad técnica identifica que en otras ocasiones el criterio técnico de la administración proviene de una “discrecionalidad instrumental”, esto es, cuando surge de la aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica, como ““justo precio” o “suficiencia técnica”, caso en el cual la administración debe recurrir a conocimientos técnicos que no conducirán a respuestas univocas en los asuntos más difíciles, pero en los menos complejos será viable encontrar una única solución posible, pues en cualquier caso la decisión administrativa debe estar apegada y circunscrita al concepto técnico correspondiente. En este caso, el control judicial no necesariamente debe ser sólo negativo, sino que puede llegar a sustituir la apreciación administrativa para adecuarla a la solución que claramente se adecúe al concepto técnico en cada caso (control positivo) 3.

En la jurisprudencia patria pueden encontrarse pronunciamientos iniciales de la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad técnica que reflejan las posturas antes reseñadas; en algunos casos, se ha rechazado la posibilidad de que el juez sustituya las decisiones técnicas de la administración con base en los criterios aportados al proceso judicial por especialistas peritos, y en otros, contrariamente ha encontrado procedente y necesario el control sobre esas decisiones para adoptar otras determinaciones con base en los diferentes elementos de prueba practicados o aportados al proceso. Por ejemplo, cabe destacar:

i) En sentencia T-427 de 1992316, la Corte Constitucional señaló que la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, inmune al control de los jueces, fundamentado en la mayor capacidad técnica de la administración para tomar ciertas decisiones cuya valoración debe hacerse por los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo.

ii) En sentencia T-418 de 1993317 la misma Corte afirmó que en el estudio de asuntos en los que involucra el análisis de temas científicos o técnicos, el juez no debe inmiscuirse en disciplinas científicas diferentes al derecho para efectos de obligar a la autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera, sin perjuicio de lo cual, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria³¹⁸.

iii) En la sentencia T-587 de 1998319, afirmó que, en la actualidad, nadie puede sostener razonablemente que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial, en tanto los datos científicos que sirven para tomar una decisión administrativa pueden ser judicialmente controvertidos para precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables, lo cual no implica que el juez sustituya a la administración, “Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la “discrecionalidad técnica” para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En

otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en las reglas propias de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables”.

En providencia del 30 de noviembre de 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que el control judicial del reglamento técnico debe ser básicamente anulatorio y solo de forma excepcional con alcance sustitutivo de la decisión administrativa, “pues no puede convertirse en una “fiscalización técnica, política o de oportunidad”, de modo que únicamente procederá “allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable”, es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra...”³²¹.

Posteriormente, esta misma Sección se pronunció respecto de los principales aspectos relacionados con la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades de la administración ejercidas en criterios técnicos, y los alcances y límites del control judicial de esas decisiones, proponiendo los siguientes lineamientos generales:

i) El derecho público no es ajeno a la discrecionalidad técnica, toda vez que la utilización de conocimientos y nociones técnicas, y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de la misma naturaleza, no constituye una alternativa, sino una necesidad debido a los altos niveles de tecnificación alcanzados por la actividad administrativa dentro de los asuntos que le competen. Por tanto, en la medida en que la ciencia no siempre ofrece respuestas únicas para la resolución de un supuesto específico (cuestiones técnicas complejas), las decisiones basadas en criterios técnicos pueden dar lugar en algunos eventos a la existencia de márgenes de apreciación que pueden configurarse como facultades de naturaleza discrecional.

ii) No siempre que la Administración adopta una decisión con base en criterios de tipo técnico, ejerce una facultad discrecional, pues en muchos supuestos la aplicación de conocimientos científicos o de un arte u oficio especializados no da lugar a dudas en cuanto al sentido en el cual debe proferirse una decisión, “Pero en aquellas que la doctrina ha denominado “cuestiones técnicas complejas”, en las cuales no existe univocidad de respuesta o de criterio aportado por la ciencia, el arte o el conocimiento técnico aplicable, surgen esos márgenes de apreciación para el operador jurídico, el cual deberá elegir, entre una pluralidad de alternativas, aquella que de mejor manera sirva al interés general, con base en criterios objetivos y razonables de decisión, que son, como la Sala lo ha expresado ya, aquellos en los cuales ha de traducirse el ejercicio de una facultad discrecional.”

iii) La naturaleza técnica de las decisiones administrativas y el reconocimiento de márgenes de apreciación o de discrecionalidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. Las decisiones administrativas, incluso aquellas privadas de “cuestiones técnicas complejas”, como toda la actividad de los poderes públicos en un Estado de Derecho, se encuentran sometidas al ordenamiento jurídico y, por tanto, al control judicial; de lo contrario, se vulneraría flagrantemente el derecho al acceso a la administración de justicia de los afectados por la decisión correspondiente

iv) Cuando se controvierte la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas, per se, a acoger la valoración previa efectuada por la administración o la procesal realizada por los expertos o peritos, pues la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria tienen precisamente por objeto permitir a las partes obtener el convencimiento del juez frente a sus pretensiones. Por

tanto, el juez debe resolver la controversia entre demandante y demandado apreciando la totalidad del acervo probatorio, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y valorando la fuerza de convicción de las soluciones presentadas por las partes, sin estar vinculado, per se, por el dictamen pericial o por la apreciación administrativa previa.

v) En consideración a las particularidades de cada caso y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica objeto del litigio, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa, como se explica a continuación:

a. Tratándose de supuestos donde la Administración acude a la técnica y ésta reconoce como posibles dos o más alter- nativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido, así como en los casos donde la decisión administrativa se fundamenta en hipótesis científicas que no han sido corroboradas bajo el estado actual del arte correspondiente -cuestiones técnicas complejas-, la administración debe efectuar la elección en función de aquel que resulte más conveniente para el interés público, y por tanto, el control judicial habrá de contraerse “a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en “error manifiesto de apreciación”, esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria -control judicial “negativo”, en la medida en que se limita a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico”

b. Por el contrario, en los supuestos en los cuales la administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos que permiten identificar la única solución, y se demuestra en el proceso que no fue ésa la elegida la autoridad administrativa -cuestiones técnicas simples-, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino que deberá imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo la escogencia previa efectuada por la administración.

vi) Una vez la administración ha remitido al expediente judicial los antecedentes administrativos de su decisión, incluyendo el concepto técnico que la sustenta, le corresponde al demandante la carga de probar el error manifiesto de apreciación en el cual ha incurrido la valoración técnica realizada por la administración, y en el caso del literal b) anterior, acreditar de forma unívoca cuál es la única interpretación del concepto técnico que es jurídicamente admisible.

vii) Por tanto, el demandante del reglamento técnico que no acredita con absoluta claridad y certeza que la administración “...ha infringido alguna norma o principio jurídico, o incurrido en arbitrariedad o, en fin, que “el juicio, el criterio y el uso de una discrecionalidad técnica ha sido desacertado”, sus pretensiones serán despachadas desfavorable- mente, pero por mucha discrecionalidad técnica que exista, si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala conceptuación o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso323 ha de estimarse” .

Para la Sala, las anteriores reflexiones jurisprudenciales siguen vigentes en el sentido que, sin perjuicio del margen de discrecionalidad reconocido a la administración en la adopción de normas de carácter eminentemente científico al definir cuestiones técnicas complejas, el reglamento técnico será siempre objeto de control por parte de esta jurisdicción y la anulación de esas normas será procedente siempre y cuando la elección o decisión técnico-operativa de la administración, dentro de las varias alternativas posibles -o basada en hipótesis que no han sido corroboradas-, sea abiertamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria (control negativo); por otra parte, en las cuestiones técnicas simples donde se demuestre que existe una sola o unívoca decisión ajustada a derecho, el juez, además de anular la decisión demandada, deberá imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible (control positivo).

De lo dicho hasta este momento, para esta Corporación las normas atacadas, por su carácter especializado en materia de hidrocarburos no convencionales, son reglamentos técnicos, sin que por ello pierdan la naturaleza de actos administrativos generales o reglamentos propiamente dichos, sujetos a control. En otras palabras, el carácter técnico innegable de las normas demandadas no es obstáculo para que sus contenidos sean controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa, habida cuenta que se trata de actos administrativos fruto de la decisión unilateral de la administración que, inexorablemente, deben respetar los principios constitucionales y de orden legal, propios del Estado social y constitucional de derecho.

Partir de un lugar distinto, como sería el de sustraer la reglamentación técnica del control judicial, o reducir su intervención a la mínima expresión, constituye una tesis que no es compatible con el Estado de Derecho, donde resulta cardinal la revisión por parte del juez no solo de los aspectos reglados del acto administrativo, sino también de aquellos de carácter discrecional en tanto expresan una decisión unilateral de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, indistintamente del componente o complejidad técnica que pueda sus- tentar tal decisión, pues en cualquier escenario, estará siempre supeditada a la Constitución y la ley; sostener lo contrario, implicaría claudicar el Estado de Derecho frente al carácter técnico de una decisión administrativa, tal como fue reconocido y evitado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 36 del CCA, reiterado actualmente por el CPACA en su artículo 44325, al establecer expresamente el control, sin exclusión, del aspecto discrecional del acto administrativo.

En consecuencia, de cara a la solución del caso particular, la Sala resalta las siguientes conclusiones en relación con los actos demandados y la competencia del juez de nulidad respecto de estos:

i) Los reglamentos técnicos son objeto de control jurisdiccional, y en el caso de cuestiones técnicas complejas (cuando la decisión se adopta sobre varias alternativas técnico-científicas posibles o en base en hipótesis), la anulación de la decisión adoptada solo será viable en la medida que el acto demandado sea abiertamente irrazonable, desproporcionado o arbitrario. En las cuestiones técnicas simples (cuando existe una sola solución técnico-científica) la anulación del acto será viable cuando se logre probar con total certeza la única solución posible, y que la misma es contraria a la adoptada por la administración. En estos casos, al anular la decisión demandada, el juez deberá fundarlo, entre otros, en la revelación de la única solución posible.

ii) El juez no tiene los elementos de juicio técnicos y especializados necesarios para pronunciar en todos los casos un dictamen definitivo, desde una visión y evaluación puramente técnica que permita solventar meras diferencias de criterio o discernimiento técnico allegadas por expertos al proceso. Por tanto, en desarrollo del control judicial del reglamento técnico, el juez deberá respetar el margen de discrepancia usual, legítima e inevitable que se presenta en la mayoría de los ámbitos del saber científico -o especializado-, de manera que su intervención, como guardián de la legalidad, no puede variar de operador judicial a simple elector de una preferencia entre divergencias u opiniones técnicas enfrentadas, o lo que es igual, a la sustitución de una posición opinable por otra³²⁶.

iii) El encargo judicial que tiene el Consejo de Estado en el presente caso, está orientado a examinar la existencia de reales vicios de ilegalidad del reglamento técnico de la actividad de exploración y explotación de yacimientos no convencionales, como acto administrativo de carácter general, del que escapan las críticas, las percepciones o las preferencias subjetivas respecto de una entre varias opiniones técnicas respecto del fracturamiento hidráulico en pozos horizontales en este tipo de yacimientos; por tanto, solo de constatarse de manera fehaciente la violación de la norma superior por los actos demandados, será procedente su

expulsión del ordenamiento jurídico a través del control de legalidad, sin que el escenario judicial pueda reducirse a un simple debate de oposición, crítica o aplauso respecto de una actividad (el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales), sin una proyección directa y clara en la legalidad de los actos administrativos demandados.

iv) La competencia de la Sala frente al reglamento técnico en el presente caso se circunscribe a determinar si, con fundamento en las razones fácticas y jurídicas aducidas por el actor en la demanda, así como en las pruebas decretadas y practicadas, se acreditó una violación de las normas superiores y principios aplicables indicados en los cargos de nulidad. De manera que escapa al juez de la nulidad, y por ende al presente proceso, la definición de políticas petroleras o la determinación de la validez de una eventual autorización para realizar actividades de fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, asunto que corresponde a otras autoridades y otros escenarios democráticos.

v) Sin que se desnaturalice la condición pública de la acción de nulidad, frente a un juicio de legalidad de un acto administrativo que es producto del ejercicio de facultades discrecionales de orden técnico, justificadamente es exigible una carga proporcionada, razonable y necesaria en cabeza del demandante frente a la argumentación y prueba de los elementos que configuran los cargos de nulidad propuestos. De esta manera, y tratándose de un reglamento técnico, si la argumentación del demandante consiste en una arbitraria, insuficiente o equivocada valoración de la ciencia respectiva y, por ende, en una errada decisión técnica de la administración o escasa actuación regulatoria, la actividad probatoria del demandante no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica o de política ambiental, social o económica diferente a la que fundamentó la competencia que se activa por parte del órgano administrativo y, menos aún, limitarse a demostrar que la actividad es riesgosa, pues en esta materia tiene el deber de probar con absoluta seguridad y certeza la falencia, el error cometido o la equivocación manifiesta en la adopción de la decisión técnica correspondiente, de cara a derechos o principios constitucionales³²⁷, para lo cual, como mínimo deberá:

a. Identificar de manera clara y precisa los puntos concretos de insuficiencia o desacuerdo técnico que se afirma existen en la decisión de la administración, así como los argumentos que sustentan tal insuficiencia o desacuerdo.

b. Acreditar con fuentes técnicas de reconocido prestigio, respecto de esos concretos puntos, la existencia de un inequívoco error o insuficiencia para el objetivo propuesto en la decisión técnica adoptada por la entidad demandada, ya sea porque la única opción técnicamente viable no fue adoptada, o porque la opción técnica adoptada entre varias posibles -o con fundamento en hipótesis- es irracional, desproporcionada o arbitraria.

En este sentido, para la Sala el principio de precaución frente a la protección de bienes jurídicos ambientales, en el contexto en medio de control de legalidad, no obliga al juez a invertir la carga de la prueba en los términos de 167 del CGP³²⁸, asunto que eventualmente, y atendiendo al caso particular, podría ser distinto si se tratara, por ejemplo, del medio de control para la protección de derechos e intereses colectivos, que no es el objeto del presente asunto.

Es por la vía de la acreditación de las exigencias antes dichas, que se concretan las premisas que está llamado a verificar el juez de la legalidad, esto es, si la reglamentación guarda correspondencia con la finalidad de la norma que establece la competencia y, si se acredita una relación objetiva entre la decisión discrecional y los hechos determinantes, pues no deberá olvidarse que la decisión discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

12. La pretensión de anulación, los cargos formulados y el caso concreto

Sentadas las anteriores premisas, y en el marco conceptual ya definido, la Sala aborda el estudio concreto de los cargos de nulidad presentados por el ciudadano, y para tales efectos, discurrirá bajo las siguientes consideraciones.

12.1. Alcance y objeto de la demanda

Según lo especifica el actor: "...esta demanda persigue, en términos generales, la declaratoria de nulidad de ambas disposiciones normativas (...) por tratarse de disposiciones que permiten y regulan la actividad extractiva de hidrocarburos no convencionales, a través de la fracturación hidráulica (...) técnica que involucra el uso de diferentes químicos tóxicos (muchos de los cuales no han sido revelados a nivel internacional), además de existir un suficiente número de estudios científicos que demuestran los efectos adversos e irreversibles para la salud humana y la estabilidad ambiental".

Como se observa, el asidero fáctico y conceptual de las pretensiones del demandante gravita en torno a la idea de que las normas demandadas (i) autorizan y, a la vez, (ii) regulan de forma insuficiente la práctica del fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, práctica que supone unos riesgos ambientales, lo que, por ende, determina una violación directa a los artículos 79 y 80 de la Constitución, además de una trasgresión al principio de precaución, previsto en el artículo 1-1 y 1-6 de la Ley 99 de 1993.

Precisado lo anterior, la Sala se pronunciará de fondo sobre los reproches de la demanda, analizando el mérito de las pruebas traídas al contencioso de nulidad bajo los cargos formulados por el actor -con los cuales debe ser congruente la sentencia-, siendo claro que, atendiendo a la naturaleza del medio de control y las facultades que bajo el mismo le asisten al juez, la tarea tiene por objeto analizar y determinar la legalidad de los actos acusados frente al ordenamiento jurídico con fundamento en los argumentos del demandante.

Desde este punto de vista, los problemas que plantea la demanda, son:

¿Las normas acusadas violan directamente los artículos 79 y 80 de la Constitución por autorizar o avalar el desarrollo de una actividad industrial (fracturamiento hidráulico) que, según el demandante, genera riesgos sobre la salud humana y los recursos naturales?; y,

¿Las normas acusadas violan directamente el principio de precaución ambiental, porque autorizaron la exploración y explotación de yacimientos no convencionales mediante fracturamiento hidráulico a pesar de que esta actividad genera un peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, sin que la regulación sea suficiente o adecuada para mitigar esos riesgos?

Con el objetivo de responder los anteriores interrogantes, y en conjunto con las precisiones conceptuales y normativas ya referidas, que sumariamente conviene citar para redondear el marco del presente análisis, procede la Sala a establecer si, en efecto, las normas demandadas son las que autorizan, avalan o sustentan el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales; seguidamente, indagará si fue probado dentro del proceso que, trasgrediendo el principio de precaución, las medidas adoptadas por las normas cuestionadas resultan insuficientes o inadecuadas para mitigar los riesgos a la salud y al medio ambiente generados en el desarrollo de esa actividad.

12.2. En relación con la autorización o sustento normativo del fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales

La Sala debe partir de indicar que los actos administrativos demandados deben ser apreciados de manera sistemática e integrada con las otras normas que regulan la exploración y explotación de hidrocarburos en general, así como con aquellas que se ocupan de otros aspectos específicos, especialmente en el ámbito medio ambiental de la exploración y explotación de yacimientos no convencionales, con el fin de establecer si en el concierto de ese abanico normativo, tal actividad, incluyendo la relativa a la técnica de estimulación

hidráulica, tiene su concepción, origen, génesis normativa y/o autorización bajo los actos administrativos acusados.

Como se explicó en el acápite relativo a la naturaleza de las normas demandadas³²⁹, la Constitución Política³³⁰ y la Ley 685 de 2001³³¹ establecen que la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables son propiedad exclusiva del Estado, quien intervendrá por mandato de la ley en su uso y explotación, la cual está autorizada expresamente por el artículo 360 constitucional, causando una contraprestación económica a favor del Estado, y bajo las condiciones que determine la ley.

Mediante el documento CONPES No. 3517 de 2008³³², se establecieron los lineamientos para el desarrollo de las normas técnicas para la extracción en yacimientos no convencionales, donde se señaló que “...las técnicas de perforación y explotación han evolucionado durante los últimos años...”³³³, y que para el cumplimiento de sus objetivos, se contempla la técnica de la estimulación hidráulica, por ejemplo, “en sistemas de corazamiento desde la superficie hasta profundidad total del pozo para luego ser perforado y estimulado con fracturamiento hidráulico...” o perforando “...los pozos para ser completados con empaquetamiento y posterior estimulación, lo cual permite seleccionar los mantos individuales para el fracturamiento y mantener la estabilidad del pozo durante la perforación...”³³⁴. Finalmente, se recomendó al Ministerio de Minas y Energía expedir las normas técnicas correspondientes.

Mediante la Ley 1450 de 2011, se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, norma que dispuso como parte integral de la misma el aprovechamiento responsable de los recursos naturales no renovables como asunto determinante en la economía del país y, por tanto, la necesidad de “...ampliar el nivel de conocimiento del subsuelo, especialmente en aquellas cuencas no exploradas...” y, por ende, de “...identificar y materializar el potencial en yacimientos no convencionales, considerando aspectos ambientales y promoviendo la maximización de la explotación del recurso, en concordancia con la situación de abastecimiento energético del país...”, para lo cual el Gobierno Nacional “...elaborará la reglamentación técnica necesaria para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales de hidrocarburos”.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo a las facultades que le fueron otorgadas por la ley³³⁵, así como en consideración de lo dispuesto por la Ley 1450 de 2011, el Ministerio de Minas y Energía profirió:

La Resolución No. 181495 de 2009, donde³³⁶ se definió la técnica de la “estimulación” como el “Tratamiento a la formación productiva de un pozo con el objetivo de mejorar su productividad”, concibió dentro del reacondicionamiento de pozos, los trabajos “...posteriores a su terminación, con el fin de mejorar su productividad, integridad o inyectividad, tales como (...) la perforación o reperforación de nuevas o viejas zonas productivas, estimulaciones, fracturamiento...”, y especificó que el yacimiento no convencional es aquél donde la acumulación es usualmente regional, extensa (lo que explica la perforación horizontal), la mayoría de las veces independiente de trampas estratigráficas o estructurales y que poseen bajas porosidades y permeabilidades, por lo que “su desarrollo requiere de alta tecnología”.

La Resolución No. 180742 de 2012, mediante la cual definió la reglamentación técnica para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, sin exclusión de alguna forma de extracción particular o algún tipo de yacimiento específico, y reconociendo también el concepto de fracturamiento o estimulación para acceder a los recursos naturales no renovables; en efecto, bajo la definición misma de yacimiento no convencional, esta norma establece que corresponde a la formación rocosa con baja

permeabilidad “...a la que se le debe realizar estimulación para mejorar las condiciones de movilidad y recobro de hidrocarburos” .

Adicionalmente, la Ley 1530 de 2012 incentivó expresamente la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales³³⁸.

Fue con sustento en tales antecedentes normativos que se expedieron las normas acusadas, soportado, según narran los antecedentes, en la necesidad natural y constante de actualizar la reglamentación técnica de una actividad sujeta a control estatal; en este caso, la aplicable a la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales³³⁹, la cual se caracteriza por la aplicación de nuevas tecnologías, y por ende, contempla entre muchos otros aspectos, la estimulación o fracturamiento, también por medios hidráulicos; estas normas fueron expedidas, particularmente, con el fin de aprovechar los recursos naturales no renovables contenidos esta clase de formaciones “bajo parámetros que conduzcan la observancia de las disposiciones ambientales vigentes” ³⁴⁰, de manera que sus preceptos deben ser acatados “sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de carácter ambiental establecidas por las autoridades competentes” ³⁴¹.

Por tanto, a no dudarlo, los actos administrativos acusados son normas de carácter técnico u operativo expedidas bajo la indiscutida competencia del Ministerio de Minas y Energía para definir las características de una actividad, proceso o método de producción que se desprende de la facultad constitucional de explotar los recursos naturales no renovables, así como de la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales contemplada por la Ley 1450 de 2011, la cual exige promover la maximización de la explotación de estos en recursos en tales formaciones, actividad además incentivada expresamente por la Ley 1530 de 2012.

De esta manera, los actos acusados no introdujeron o crearon en el ordenamiento jurídico la noción ni las reglas técnico-operativas sobre esta materia y actividad, pues fueron expedidas con el objetivo de actualizar o mejorar la reglamentación existente sobre el particular, atendiendo a la naturaleza misma del reglamento técnico. En tal sentido, tampoco puede afirmarse que las normas objeto de censura reglamentan y, por ende, legitiman una actividad prohibida.

Adicionalmente, se observa que las disposiciones demandadas no establecen los requisitos ambientales para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales como se determina expresamente en el parágrafo del artículo 2º del Decreto 3004 de 2013 y del artículo 3º de la Resolución No. 90341 de 2014, asunto que corresponde al legislador y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como órgano rector del Sistema Nacional Ambiental, de acuerdo con los artículos 2º, 4º y 5º, numerales 1º, 2º, 4º, 5º, 10º, 11º, 14º y 15º de la Ley 99 de 1993⁴².

Lo anterior también permite considerar que las normas demandadas no autorizan el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales desde una perspectiva ambiental u operativa, pues no establecen los requisitos para su autorización; para ello, debe obtenerse la licencia ambiental preceptiva que conceden las autoridades ambientales, como lo establecen los artículos 49, 50 y 52.1 de la Ley 99 de 1993⁴³, y los artículos 5º y 8.1 del Decreto 2041 de 2014⁴⁴ (compilados en los artículos 2.2.2.3.1.1 y siguientes del Decreto 1076 de 2015) atendiendo a los términos para el estudio de impacto ambiental, previstos en la Resolución 0421 de 2014. Así mismo, debe darse cumplimiento a la Resolución D-149 de 2017⁴⁵, donde el Servicio Geológico Colombiano ha dispuesto las especificaciones del monitoreo de sismicidad cerca de los pozos de exploración y/o producción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, entre otros requerimientos.

Por tanto y contrario a lo manifestado en la demanda, la Sala encuentra que las normas acusadas no autorizan la estimulación hidráulica en yacimientos no convencionales; los actos

acusados contienen la reglamentación técnica de actividades que forman parte del sector de minas y energía, que corresponde expedir al Ministerio emisor del acto: (i) como órgano a cargo de los asuntos relativos a la exploración y explotación de recursos no renovables; (ii) conforme a su función de fiscalización directa e indirecta, atendiendo a criterios de eficiencia técnica, económica y ambiental, de evidencia científica; y, (iii) con fundamento en el deber de evitar y controlar los factores de deterioro ambiental que el artículo 80 de la Constitución le impone a todas las autoridades como parte de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, como actividad permitida por la Constitución Política³⁴⁶ con intervención del Estado y por mandato de la ley³⁴⁷, tal como fue ordenado por la Ley 1450 de 2011 e incentivado por la Ley 1530 de 2012.

Sin que constituya fundamento de su legalidad, pero sí como criterio de interpretación que confirma el acierto de lo que se viene exponiendo, debe considerarse que, con posterioridad a la expedición de los actos administrativos acusados, fue sancionada la -actualmente vigente- Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, la cual incluye en su artículo 2º como parte integral de su contenido, el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022: Pacto por Colombia, pacto por la equidad” 348, con las modificaciones realizadas en el trámite legislativo.

Según se lee en la norma antes indicada, uno de los principales retos del país consiste en incrementar las reservas para preservar la autosuficiencia de hidrocarburos en el mediano y largo plazo, para lo cual, “adicional al incremento de los factores de recobro en campos de producción, existen dos grandes oportunidades: (1) proyectos costa afuera y (2) yacimientos no convencionales...”, explicitando para estos últimos que es necesario determinar si la regulación e institucionalidad actuales pueden garantizar su explotación de una manera responsable con el medio ambiente. Por tanto, el Ministerio de Minas y Energía “...estudiará la viabilidad de la exploración y producción de yacimientos no convencionales”, “evaluará la ejecución de planes piloto para obtener mayor información técnica sobre el desarrollo de estos recursos”, “mejorará, de ser necesario, la institucionalidad, el marco contractual y la normatividad (...) que deberá cumplirse y fiscalizarse para la exploración y producción de estos hidrocarburos” y “actualizará, de ser necesario, la regulación técnica y ambiental específica para su exploración y producción” 349.

Atendiendo a los anteriores preceptos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 328 de 2020, mediante el cual fijó los lineamientos para adelantar los planes piloto de investigación integral (PPII) indicados por la Ley 1955 de 2019 y, para su desarrollo, fueron expedidas las resoluciones Nos. 304 del 30 de octubre de 2020, 0821 del 24 de septiembre de 2020, 904 del 20 de agosto de 2020 y 40185 del 7 de julio de 2020, con las cuales fueron fijados los lineamientos de monitoreo de sismicidad, los términos de referencia para el estudio de impacto ambiental requerido, y los lineamientos sociales y técnicos. Además, el Servicio Geológico Colombiano definió, en noviembre de 2020 los lineamientos técnicos para el procedimiento de muestreo y análisis de laboratorio de materiales radiactivos de origen natural en los PPII, y el Ministerio de Ambiente expidió unos términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que, bajo una interpretación sistemática del ordenamiento, la exploración y explotación comercial de yacimientos no convencionales mediante fracturamiento hidráulico está sostenida en la ley y es desarrollada bajo diversas normas, distintas pero complementarias de los actos acusados, incluyendo de manera principalísima las de carácter ambiental, todas las cuales determinan el régimen jurídico que gobierna tal actividad con el objetivo de que sea desarrollada garantizando la mitigación de

los riesgos asociados y el desarrollo sostenible, lo cual reitera que, como se expresó, no es la reglamentación técnica de tal actividad, ahora demandada, quien la autoriza y avala.

A la par de lo anterior, dentro de esta interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 328 de 2020350, a pesar de su adopción cronológicamente posterior al de las normas acusadas, deben reputarse como fundamento jurídico de las normas demandadas en tanto reiteran la actividad discutida y ordenan actualizar, de ser necesario, la regulación técnica correspondiente, que es precisamente la que se incorporó en los actos administrativos acusados, apreciación que, se itera, no varía por el hecho haber sido expedida con posterioridad a las normas demandadas.

En consecuencia, la Sala considera que los actos administrativos están sustentados en la normatividad vigente al momento de su expedición, la que determinaba el régimen jurídico aplicable a la exploración y explotación de los yacimientos no convencionales; pero, además, los actos acusados también están soportados en el régimen jurídico actual, que conforman todo un sistema jurídico, integrado por un amplio espectro de normas constitucionales, mineras, geológicas y ambientales.

De manera que, las disposiciones demandadas no autorizan el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, asunto que hace parte de un nivel normativo superior, cuyo estudio y definición no se ubica dentro de los linderos de la competencia de fiscalización que se reglamenta y la expedición del reglamento técnico que la adopta.

Lo anterior es fácilmente evidenciable con la verificación del objeto y contenido de los actos cuestionados, bajo los que no se emite la autorización de una práctica o política petrolera, y menos aún de una técnica extractiva específica, aunque si se condiciona técnicamente su desarrollo, en el marco de la regulación de todo orden y los contratos que para el efecto se han debido celebrar con el Estado.

Respecto de esto último, se recuerda que el Decreto 3004 de 2013 tuvo por objeto establecer “criterios y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales”, para lo cual se circunscribió y limitó, a (i) reiterar la definición de yacimiento no convencional en los términos en que había sido ya definido bajo el artículo 5º de la Resolución No. 180742 de 2012351 (artículo 1º) y ordenar (ii) expedir la regulación técnica de estas formaciones (artículo 2º), (iii) dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo OTC (artículo 3º), (iv) revisar y ajustar las relativas a la superposición parcial o total en las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables (artículo 4º).

En esa medida, bajo el análisis propio de un juicio de nulidad por ilegalidad, y atendiendo a, que: (i) ni la demanda ni las pruebas afirman o evidencian que la definición del yacimiento no convencional sea contraria a la Constitución o ley; (ii) no se discute la competencia de la autoridad administrativa para expedir el reglamento técnico aplicable a los yacimientos no convencionales; (iii) el cumplimiento del Acuerdo OTC hace parte de compromisos internacionales comerciales que no son objeto de cuestionamiento en esta oportunidad; y, (iv) la regulación de la superposición en la extracción de recursos naturales nada tiene que ver con la técnica aquí cuestionada; resulta forzoso concluir que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que cobija al Decreto 3004 de 2013, en el aspecto señalado.

En lo que respecta a la Resolución No. 90341 de 2014, la Sala tiene suficientes elementos de certeza acerca de que corresponde a la reglamentación técnica, expedida en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3004 de 2013, aplicable a los yacimientos no convencionales.

En tal sentido, los artículos 1º, 2º, 3º y 4º se circunscribieron a definir el objeto de la normatividad, remitir a otras disposiciones complementarias en lo no regulado, salvar el cumplimiento de las normas ambientales y establecer unas definiciones, todo lo cual es ajeno

a los reparos expuestos en la demanda. Además, resulta imposible derivar algún tipo de ilegalidad de tales previsiones, en tanto: (i) no se pone en duda bajo la demanda la necesidad de regular la extracción en yacimientos no convencionales; (ii) la remisión a otras normas técnicas complementarias es una práctica común -y muchas veces necesaria- en este tipo de normas; (iii) la previsión de atender el cumplimiento de las normas ambientales es un deber constitucional y legal; y, (iii) no hay evidencias o cuestionamientos sobre que las pautas, premisas, conceptos, procedimientos y metodologías contenidas en la resolución, que sean contrarias a la Constitución o la ley.

Frente a las demás normas de la resolución, sin prueba en contrario, se limitan a definir diversos aspectos técnico-operativos relacionados con los yacimientos no convencionales, entre otros: el sistema de referencia oficial del país (MAGNA SIRGAS) y el procedimiento para pedir el permiso global de perforación - asuntos administrativos que no están vinculados directamente con la técnica cuestionada-; las pruebas iniciales de producción; los pilotos con el fin de determinar la viabilidad económica del pozo; el muestreo y los registros mínimos incluyendo pozos estratigráficos; los monitoreos y suspensión de actividades; todas estas normas técnico operativas aplicables a los yacimientos no convencionales expedidas con el objetivo de mitigar los riesgos derivados de su exploración y explotación, reglamento técnico respecto del cual, además, no se observa que sea restrictivo del comercio, o que esté motivado en objetivos ilegítimos para afirmar su ilegalidad, lo cual, debe decirse, tampoco se afirmó en la demanda.

En la misma medida se observa que la Resolución, como aspecto inherente del reglamento técnico y atendiendo a esa naturaleza, se encamina a establecer las especificaciones técnicas y operativas de actividades propias de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables por autorización de la constitución y la ley, en este caso, específicamente, las relacionadas con los yacimientos no convencionales bajo la habilitación y obligación constitucional de mitigar los riesgos de tal actividad, pero no tiene por objeto ni efecto, la creación, habilitación o autorización de la actividad que el demandante discute, lo que descarta la viabilidad del primer cargo de nulidad analizado.

Igual reflexión deviene de la inexistencia de un contraste normativo mínimo en la demanda entre las normas acusadas y las presuntamente vulneradas, cuestión que la acción exige, en tanto la demanda, las pruebas y los argumentos del actor se esforzaron por sustentar y demostrar los riesgos que, en su opinión y la de sus coadyuvantes, determinan que el fracturamiento o estimulación hidráulica en yacimientos no convencionales es inconveniente y debe ser una actividad prohibida, cuando lo cierto es que, se reitera, la conveniencia, inconveniencia y/o prohibición de tal actividad escapa a este juicio de legalidad, donde la competencia ejercida se ciñe a determinar si las normas acusadas violan la ley o la Constitución al estar incursas en alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos contempladas por el CPACA.

Por tanto y frente al primer cuestionamiento o problema jurídico de la demanda, debe concluirse que, en los términos planteados en la censura, las normas acusadas no violan directamente los artículos 79 y 80 de la Constitución por autorizar o avalar el desarrollo de una actividad industrial y que según el demandante genera riesgos sobre la salud humana y los recursos naturales. Se llega a la anterior conclusión al evidenciarse que los actos acusados contienen la reglamentación técnica de una actividad, que no está prohibida y cuya licitud escapa al presente medio de control, además de que no la crea, autoriza ni avala -como afirmó la parte actora para sustentar el cargo de nulidad-, asunto que hace parte del régimen jurídico de la explotación de los recursos naturales no renovables permitida por la Constitución Política y desarrollada por el reglamento, en particular, de los yacimientos no convencionales, cuyo aprovechamiento es incentivado expresamente por la ley vigente.

12.3. En relación con la presunta violación del principio de precaución por ser el reglamento técnico inapropiado, inidóneo o insuficiente

Como se ha expuesto en la presente providencia, el principio de precaución no es simplemente una directriz política, sino que tiene valor normativo, lo cual obedece a que fue positivizado en el derecho colombiano por las Leyes 99 de 1993 y 164 de 1994, de manera que también es un principio justiciable, es decir, su aplicación se puede reclamar judicialmente, lo cual determina que puede ser utilizado como parámetro de control de los actos administrativos.

Por otra parte, el estudio de legalidad de los actos administrativos tiene por objeto la comprobación de sus elementos de validez conforme a los hechos, cargos y pretensiones de la demanda. Así, el juicio de anulación verifica la conformidad del acto con las disposiciones de mayor jerarquía, toda vez que las previsiones normativas de rango superior condicionan el objeto, contenido, alcance y finalidad del acto administrativo, el cual no puede desconocer los parámetros señalados en las previsiones que los rigen.

De esta forma, aunque la autoridad competente cuente con un amplio margen de decisión para expedir regulaciones medioambientales, y especialmente, reglamentaciones técnicas, lo cierto es que sus decisiones siempre deben atender en su conjunto las normas superiores y aquellas específicas que ríjan la materia, sin perjuicio del margen de decisión o escogencia entre varias opciones u opiniones valederas y legítimas según lo recomiende el estado de desarrollo científico o técnico de la correspondiente disciplina.

En consecuencia, la relativa discrecionalidad de la decisión técnica reglamentaria de la administración estará siempre disciplinada por el conjunto de disposiciones jurídicas aplicables, entre ellas, por los principios de la función administrativa, así como los de buena fe, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación y, en especial, cuando la decisión esté relacionada con el medio ambiente y la salud, por el principio de precaución; por tanto, el acto que transgreda este principio estaría viciado de nulidad por desconocer una fundamental disposición en lo que al ambiente se refiere, siendo categórica su obligatoriedad tanto para las autoridades como para los particulares.

De responderse sin concretar para el caso particular el principio, de manera que pueda ser utilizado como premisa en un razonamiento cuya conclusión sea la formulación de una regla implícita, para lo cual la propia definición contenida en la Ley 99 de 1993 determina los principales criterios orientadores.

El numeral 6 del artículo 1º de la Ley 99 de 1993 delimita la aplicación del principio de precaución cuando prescribe que la formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica, y que las autoridades y particulares tienen el deber de aplicarlo ante la existencia de un peligro de daño grave e irreversible, escenario en el que la adopción de medidas para impedir la degradación del medio ambiente, no puede postergarse por falta de certeza científica.

De esta forma, el principio de precaución obliga a considerar la investigación y el conocimiento científico en la formulación de políticas ambientales, dado que las regulaciones normativas deben ser producto de la planeación administrativa, ajena a improvisaciones y determinaciones injustificadas o apresuradas³⁵⁷, y por otra parte, determina que si la administración advierte la presencia de un riesgo grave para el medio ambiente o la salud derivado de alguna actividad, debe adoptar medidas, también producto de la evaluación científica, para mitigar dicho riesgo, aun cuando no exista una certeza absoluta sobre el mismo y sus efectos.

La norma reconoce entonces que la investigación científica permite el avance del conocimiento y de la técnica y, por tanto, que las decisiones administrativas podrán adoptarse

con mayor acierto y de manera más eficaz hacia los fines públicos a las que están orientadas, si no son estáticas ni indiferentes a sus desarrollos y alcances. En consecuencia, los datos científicos con que se cuente en un momento dado, no impiden que la decisión que se haya tomado pueda posteriormente modificarse si varía el conocimiento disponible, asunto propio de la naturaleza del reglamento técnico como se ha expuesto.

Ahora, en el caso particular, por cuanto la reglamentación técnica acusada busca principalmente prevenir, mitigar y corregir las posibles consecuencias nocivas de una actividad sobre el ambiente a fin de preservarlo, la misma debe apoyarse en el resultado de investigaciones que permitan sustentar técnicamente las medidas y métodos que se adoptan pues, de lo contrario, en caso de que el reglamento técnico no consulte sensatamente el conocimiento científico, carecerá de la razonabilidad suficiente que busca imprimirle el principio de precaución y desconocerá sus mandatos y finalidad, por lo que se impondrá en tal escenario la anulación del acto.

En consecuencia, la Sala determina que la concreción del principio de precaución, que permite su aplicación de cara a determinar la legalidad de los actos administrativos demandados, conforme a su naturaleza y los argumentos de la demanda (inapropiado, inidóneo o insuficiente para mitigar los riesgos de una actividad industrial y comercial), debe tener la siguiente estructura:

i) El reglamento técnico exige considerar el resultado del proceso de investigación científica.

ii) La adopción de medidas eficaces para mitigar los riesgos a la salud o el medio ambiente presupone que las decisiones de la administración deben sustentarse en los conocimientos científicos aplicables y existentes, de cara a los bienes jurídicos que puedan verse afectados y los procedimientos y sustancias que se emplean en la actividad que entraña esos peligros para tales bienes.

iii) Por lo tanto, cuando las autoridades públicas adopten medidas regulatorias, como la imposición de requerimientos de orden técnico y procedimental para adelantar una actividad sobre la cual existe un riesgo para la salud o el medio ambiente, el proceso de producción normativa debe estar basado en tal conocimiento, de manera que sus reglas sean idóneas, adecuadas o suficientes, para mitigar dichos riesgos, so pena de considerarse violado el principio de precaución (concreción del principio).

Ahora bien, se reitera que el principio de precaución bajo el ordenamiento jurídico colombiano no tiene, por regla general, un carácter prohibitivo y paralizante bajo una concepción fuerte o extrema de la figura, de manera que la sola valoración negativa o afirmación de una inconveniencia de la actividad o la advertencia de los riesgos ambientales que la misma entraña, no es suficiente para concluir sobre la ilegalidad del acto, toda vez que el mismo no se concreta per se en la prohibición de las actividades consideradas riesgosas, y mucho menos, en una limitación o prohibición a las autoridades competentes para establecer los requisitos técnicos de quienes adelanten tales actividades.

El principio de precaución, bajo la premisa adoptada en nuestro ordenamiento jurídico por mandato legal, se sustenta en la oportuna y adecuada gestión de los riesgos ambientales mediante la eficaz reglamentación de las actividades que generan dichos riesgos, más no en la ineludible prohibición de esas actividades, como tampoco en la inactividad estatal frente a su intervención respecto de las mismas, toda vez que la sostenibilidad del desarrollo no es sinónimo de prohibición de nuevas tecnologías, ni es el principio de precaución una limitante a la necesaria y legítima intervención del estado en aquellas actividades consideradas riesgosas para el medio ambiente o la salud.

Téngase en cuenta, al respecto, como se indicó en el núm. 84 de esta providencia que sólo es susceptible de prohibición una actividad -a manera de ultima ratio- “si no es posible adoptar un Reglamento Técnico que elimine o prevenga el riesgo que motiva su promulgación”; ...

Todo lo contrario, el principio de precaución parte del reconocimiento de que toda actividad humana implica un riesgo, de la necesidad de mitigar tales riesgos de forma fiscalizada y con fundamento en la tecnología y conocimiento científico disponible, incluso cuando exista incertidumbre científica respecto de su ocurrencia y sus efectos.

En consecuencia, no es correcto afirmar que cualquier regulación de toda actividad riesgosa, atendiendo a ese solo carácter, compromete la vulneración del principio de precaución, cuando lo cierto es que su concepción más flexible, como la consagrada por el ordenamiento jurídico colombiano, se aparta de las prohibiciones que califican y consideran a las actividades como peligrosas para en su lugar reforzar y optimizar el control y la gestión de los riesgos que pueden generar, recurriendo a la prohibición exclusivamente cuando comprobados daños graves e irreversibles, sean imposibles de mitigar o contrarrestar.

Adicionalmente, se recuerda que las autoridades tienen la facultad y el deber de escoger cuáles son los medios apropiados para alcanzar la finalidad legalmente perseguida con el principio de precaución, en tanto éstos sean razonables y tengan fundamento coherente en las conclusiones científicas sobre los factores desencadenantes de tales riesgos, los bienes que pueden verse afectados y la forma de mitigarlos, sin que sea labor del juez de la nulidad invadir la órbita de la acción regulatoria de la administración para escoger una entre varias opciones técnico-operativas razonables, sino verificar su legalidad de cara al cumplimiento de las normas que le sustentan.

De esta manera, tratándose de una reglamentación técnica y ateniendo a lo expuesto en relación con la competencia del juez de nulidad y el control jurisdiccional de esta clase de actos administrativos, se reitera que la actividad probatoria del demandante no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente a la adoptada por el órgano administrativo en el reglamento, sino que tiene que probar ante el juez, con absoluta seguridad y certeza, la falencia o error cometido en la adopción de la decisión técnica correspondiente.

Por tanto, atendiendo a que la argumentación del demandante consiste en una inadecuada, inidónea o insuficiente reglamentación de la actividad para mitigar los riesgos que la misma engendra, a la parte actora le correspondía:

i) Tratándose de cuestiones técnicas simples (cuando existe una sola e inequívoca solución técnico-científica), acreditar cual es la única solución científica posible para la mitigación de los riesgos o la regulación de la actividad y que la misma es contraria o distinta a la adoptada por la administración.

ii) En el caso de cuestiones técnicas complejas (cuando la decisión se adopta sobre varias alternativas técnico-científicas posibles o en base en hipótesis), acreditar que la decisión de la administración fue abiertamente irrazonable, desproporcionada o arbitraria para la mitigación de los riesgos o la regulación de la actividad.

Para cumplir con lo anterior y como presupuesto de la procedencia de las pretensiones de la demanda, se imponía al actor concretar de manera clara y precisa los puntos exactos de idoneidad o desacuerdo técnico que afirma existen en los actos demandados, y probar respecto de esos puntos concretos la existencia de un inequívoco error, o que la decisión que contienen es abiertamente insuficiente o inadecuada para el objetivo propuesto con la decisión técnica adoptada, bien sea porque la única opción técnica o científicamente viable no fue adoptada,

o porque la opción técnica seleccionada entre varias posibles -o con fundamento en hipótesis- es flagrantemente irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

En estos términos, la sentencia a proferir en el presente asunto no se enfocará en cuestiones que son propias de la epistemología y la teoría de la ciencia sobre una actividad que la parte demandante estima inconveniente y que no le corresponde al juez avalar o prohibir, sino en analizar, con base en criterios jurídicos, la fiabilidad

de las pruebas y si las mismas llevan a las conclusiones que permitan afirmar una violación del principio de precaución bajo las condiciones antes anotadas.

Atendiendo a lo anterior, revisadas los medios de prueba decretados y practicados en el proceso, como punto de partida se observa que la parte actora enfocó todo su esfuerzo argumentativo y probatorio en advertir y calificar la actividad de estimulación hidráulica en yacimientos no convencionales como riesgosa e inconveniente, lo que conllevó a que en ningún momento durante el proceso se hayan acreditado fehaciente y suficientemente elementos de juicio precisos e inequívocos que permitan afirmar, concretamente, cuáles son los supuestos aspectos que se dejaron de considerar, valorar o contemplar en las disposiciones acusadas para considerarlas como irrationales, desproporcionadas o arbitrarias, y afirmar su contraposición al principio de precaución.

Lo anterior, resulta manifiesto al repasar los principales elementos probatorios del proceso, donde se evidencia que la parte actora centró su atención en demostrar la existencia de unos riesgos generados por la actividad, premisa que no está en discusión ni es la única clave de verificación del juez de la legalidad, pero en ningún caso, que el reglamento técnico fuere inidóneo o inadecuado por desconocer una única opción técnicamente viable, o por haber adoptado medidas abiertamente irrazonables, arbitrarias o desproporcionadas entre varias opciones técnicas posibles”.