



Radicado: 11001 03 26 000 2020 00042 00 (65992)
Demandantes: Cesar Augusto Pachón Achury y otros

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-03-26-000-2020-00042-00 (65992)
Referencia: NULIDAD
Demandantes: CESAR AUGUSTO PACHÓN ACHURY Y OTROS
Demandados: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
Asunto: Solicitud de medidas cautelares

El Despacho procede a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar presentada por los señores Cesar Augusto Pachón Achury, Luvi Katherine Miranda Peña y Cesar Augusto Ortiz Zorro, en su calidad de demandantes dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020), los señores Cesar Augusto Pachón Achury, Luvi Katherine Miranda Peña y Cesar Augusto Ortiz Zorro presentaron demanda de nulidad por inconstitucionalidad solicitando la anulación del Decreto 328 de veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020), “*Por el cual se fijan lineamientos para adelantar Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII sobre Yacimientos No Convencionales – YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal – FH-PH, y se dictan otras disposiciones*”¹.

¹ Folios 1 a 33 del cuaderno principal.



1.2. En ese mismo escrito, la parte actora manifestó que *“en la medida en que en esta demanda se ha demostrado que el Decreto número 328 del 28 de febrero de 2020, viola de manera evidente la Constitución Política y normas del ordenamiento jurídico nacional, solicitamos respetuosamente que ésta sea suspendida hasta que la Corporación resuelva de forma definitiva sobre su constitucionalidad y/o legalidad, como medida preventiva (...)”*².

Como más adelante se expondrá en detalle, la solicitud de medida cautelar se sustentó en dos argumentos centrales: i) la violación del principio de precaución en materia ambiental, y ii) la no realización de la consulta previa como instancia preliminar y obligatoria para la expedición del acto acusado, en atención a la afectación que este genera sobre comunidades tribales e indígenas.

1.3. Mediante auto de ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020), el Despacho admitió la demanda en los términos previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 para la acción de simple nulidad.

Además, en providencia de esa misma fecha se dispuso correr traslado a las entidades demandadas de la solicitud de medida cautelar presentada por la parte actora, tal y como lo prevé el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2. Oposiciones a la medida cautelar solicitada

Todas las entidades accionadas y quienes solicitaron ser tenidos como coadyuvantes en el presente proceso, presentaron escritos de oposición frente a la medida cautelar formulada por la parte actora.

Sin embargo, el Despacho advierte que en el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien adujo actuar como apoderado de la entidad se limitó a adjuntar la resolución de delegación para ejercer la representación de esa Cartera³,

² Folio 16 del cuaderno de medidas cautelares.

³ Así consta en el índice 39 del aplicativo SAMAI, donde se encuentra la Resolución 0928 de 27 de marzo de 2019, *“Por la cual se delega la función de representar judicial y extrajudicialmente a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se dictan otras disposiciones”*.



omitiendo el deber de allegar los documentos que dan cuenta de su vinculación con la misma, a fin de poder dar aplicación al inciso segundo del artículo 160 del CPACA⁴.

Por esta razón, en la parte resolutive de esta providencia se requerirá a ese Ministerio para que aporte las actas de nombramiento y de posesión del citado profesional, a fin de poder reconocerle personería para actuar dentro del presente asunto.

2.1. Intervenciones de las entidades demandadas

2.1.1. El Ministerio del Interior recorrió el traslado mediante escrito presentado el veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020), en el que solicitó negar la medida *“ante la falta de argumentación y sustentación necesaria”* para su procedencia⁵.

Como fundamento de lo anterior, afirmó que los demandantes se limitaron a realizar *“(...) un ejercicio conceptual y especulativo según el cual el ‘fracking’ representa peligros, que nunca determinaron con la suficiente claridad que permitiera verificarlos y someterlos a un debate probatorio equilibrado, ajustado a las reglas que gobiernan el derecho de contradicción”,* y que, en todo caso, la alegada aplicación del principio de precaución no supone una exclusión de la carga de la prueba para el solicitante, de manera que resulta necesario aplicar aquí el *“(...) criterio de razonabilidad o el de proporcionalidad al resolver la solicitud de medida en vista que se trata de una decisión que implica cuantiosas pérdidas económicas sin precedente alguno, que no corresponden a la real amenaza o riesgo del caso (...)”*.

Además, adujo que el Decreto 328 de 2020 tiene como finalidad adoptar las medidas necesarias para impedir la degradación del medio ambiente, siendo por tanto una manifestación concreta de la aplicación del principio de precaución por

⁴ “ARTÍCULO 160. DERECHO DE POSTULACIÓN. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. // Los abogados **vinculados a las entidades públicas** pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo” (negrita fuera de texto).

⁵ SAMAI, índice 36.



parte del Estado Colombiano. Bajo ese entendido, la suspensión provisional solicitada contradice la interpretación dada por la Corte Constitucional a ese principio y limita la posibilidad de conocer con mayor certeza si es posible llevar a cabo la actividad del fracking sin afectar el medio ambiente.

Por último, señaló que “(...) *la facultad legal que le asiste al Gobierno Nacional para llevar a cabo los PPII, ya fue materia de pronunciamiento por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado, Consejera ponente, MARIA ADRIANA MARIN, en el radicado 11001-03-26-000-2016-00140-00 (57.819), en providencia del 17 de septiembre de 2019 (...)*”.

2.1.2. El mismo veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020), el Ministerio de Salud y Protección Social se opuso a la medida solicitada, manifestando que el Consejo de Estado, en auto del diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) proferido dentro del medio de control de nulidad 2016-00140 (57.819), advirtió que podrían realizarse Proyectos Piloto Integrales de Investigación – PPII, como aquellos a los que se refiere la norma acusada, con base en el principio de precaución y “*con el fin de obtener Líneas Base Generales que permitan tener certeza sobre riesgos previsibles y conocidos para que los mismos puedan ser conjurados o minimizados eficazmente*”. A partir de este entendimiento, sostuvo que “*(...) resulta evidente la confusión que tienen los actores al comparar el Decreto 328 de 2020 aquí demandado con la Resolución 90341 de 2014 que se encuentra suspendida provisionalmente con ocasión de las medidas cautelares decretadas dentro del medio de control de nulidad 2016-00140*”⁶.

En cuanto a la supuesta violación de la exigencia de consulta previa, sostuvo que “*(...) ante la ausencia de especificación de áreas de influencia o afectaciones directas que impacten derechos o intereses de las comunidades indígenas y tribales de Colombia, no resultaba procedente agotar la consulta previa para la expedición del acto administrativo acusado*”, aun cuando el acto demandado sí contempla diversos mecanismos de participación.

⁶ SAMAI, índice 37.



2.1.3. En memorial radicado también el veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020), el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó negar la medida cautelar pedida por la parte actora, señalando que dicha solicitud “(...) impone un análisis que va más allá de la confrontación directa de normas de distinta jerarquía porque requiere determinar la legalidad de ese decreto. Situación que no puede ser resuelta a priori por el Despacho judicial, sino por el contrario, requiere de su resolución en un fallo”⁷.

De otra parte, resaltó el carácter general del acto acusado en tanto este se limita a fijar parámetros o lineamientos para adelantar los Proyectos Piloto y citó, en apoyo de la oposición a la prosperidad de la medida, el auto proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación dentro del expediente 57.819.

2.1.4. El mismo veintitrés (23) de julio, la Nación - Ministerio de Minas y Energía presentó escrito en el cual, en primer lugar, elevó “solicitud especial de integración de la sección tercera para decisión” y, en segundo término, se opuso a la medida cautelar solicitada por la parte actora⁸.

En cuanto a la primera petición, invocando el numeral 4° del artículo 17 del Acuerdo 080 de 2019, esa Cartera solicitó que “(...) para el caso concreto de la providencia en que se resolverá la solicitud de suspensión provisional del Decreto 328 de 2020, sesionen de manera conjunta las Subsecciones de la Sección Tercera”, debido a la trascendencia jurídica, económica, social, técnica y científica del asunto aquí debatido, tal y como quedó ya definido dentro del proceso de simple nulidad con radicado 57.819, en el que se ha probado que “a través de la técnica de fracturamiento hidráulico, La Nación pretende aumentar ostensiblemente las reservas probadas de crudo y gas, asegurando el abastecimiento energético y la prestación de servicios públicos esenciales como lo son el de energía eléctrica mediante la generación térmica, gas domiciliario y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo para los habitantes del territorio nacional”, a lo que

⁷ SAMAI, índice 38.

⁸ SAMAI, índice 40. Por auto del catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020) el Despacho requirió a la Nación – Ministerio de Minas y Energía para que allegara poder con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020. Dentro del término fijado en esta providencia, la entidad atendió en debida forma el mencionado requerimiento.



se añade que *“(...) a través dichas reservas, se podrán incorporar al presupuesto de la Nación, importantes recursos económicos, por concepto de impuestos y regalías; sumado a los puestos de trabajo que se generarán tanto directa como indirectamente en la industria de los hidrocarburos”*.

En relación con los argumentos de oposición a la medida cautelar, sostuvo que la implementación de Proyectos Piloto da cumplimiento al numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, por tratarse de investigaciones que permiten la generación de conocimiento y de evidencia objetiva para la protección del ambiente.

Señaló que los PPII surgen a raíz de las recomendaciones presentadas en el informe rendido por la Comisión Interdisciplinaria Independiente, de manera que en el desarrollo de los mismos se prevén distintos espacios para el dialogo e interlocución con las comunidades, a través de las mesas territoriales que se crean en la etapa previa.

Finalmente, indicó que no existe prueba que sustente que el acto demandado viola o menoscaba las disposiciones invocadas, pues *“(...) la Parte Demandante no acredita ninguna de las situaciones señaladas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para que le sean otorgadas las medidas cautelares solicitadas, conforme a que no se evidencia de manera objetiva que los actos Administrativos le causen un perjuicio irremediable, o que mediante la ponderación de intereses, resulte más gravoso para el interés general otorgar la medida o un efecto nugatorio de la sentencia que se profiera en relación con el asunto y en el evento en que llegaren a denegarse las pretensiones de la Parte Demandante”*.

2.1.5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, en memorial radicado el veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020), sostuvo que en el presente caso no se configuran los requisitos legales para la procedencia de la medida cautelar, pues, a su juicio, la norma demandada no vulnera ninguna disposición constitucional ni legal⁹.

⁹ SAMAI, índice 41. El correo electrónico fue recibido en el buzón de la Secretaría de la Sección Tercera el día 23 de julio de 2020 a las 5:16 pm.



Así, en cuanto se refiere al primer cargo de la demanda, afirmó que el Decreto 328 de 2020 busca asegurar los principios de precaución y preservación, en la medida en que permite que se adelanten estudios y pruebas que proporcionarán conocimiento científico y que permitirán al Estado colombiano establecer los riesgos que pueden generarse en la explotación y exploración de yacimientos no convencionales de hidrocarburos, con la utilización de la técnica denominada fracking.

Por su parte, en lo atinente al segundo cargo, indicó que mal podría haberse realizado la consulta previa que los demandantes echan de menos, como quiera que en la norma señalada no se delimitó el territorio en donde se desarrollarán los proyectos piloto, de tal suerte que no existe ninguna afectación concreta a una determinada comunidad indígena o tribal.

2.1.6. El mismo veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible presentó escrito en el cual, tras referirse a las funciones de dicho Ministerio y a las competencias de otras entidades del Sector, solicitó negar la suspensión provisional de la norma demandada, señalando que a través de ella se busca efectivizar la aplicación del principio de precaución y determinar unos lineamientos básicos que deberán ser *“(...) reglamentados o implementados posteriormente por cada entidad con competencia en la validación, aprobación, ejecución y seguimiento a resultados técnico-jurídico, ambientales y técnico-sociales de cara a los PPII”*¹⁰.

Además, sostuvo que dicha norma contempla la realización de proyectos de investigación en tres etapas que garantizan *“(...) la efectiva participación de las comunidades con injerencia territorial en el Proyecto que se pretenda realizar”*, mediante la conformación de diversas instancias que tienen como fin *“(...) evitar afectación alguna en materia de derechos constitucionales o un peligro de daño grave e irreversible para el medio ambiente y sus ecosistemas estratégicos”*.

De otro lado, indicó que la Corte Constitucional ha señalado que el principio de precaución no puede significar la imposibilidad de adelantar investigaciones

¹⁰ SAMAI, índice 42. En este caso, el correo fue recibido el 23 de julio a las 5:33 pm.



científicas, de manera que la medida cautelar lo que haría sería imposibilitar la certeza científica para la exploración y explotación de yacimientos no convencionales con la técnica del fracking, en contra de lo ordenado por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación en el proceso 57.819.

2.2. Oposiciones presentadas por quienes solicitaron ser reconocidos como coadyuvantes de la parte demandada

Durante el término de traslado de las medidas cautelares, Ecopetrol S.A., la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH y la Asociación Colombiana de Petróleos – ACP, solicitaron ser vinculados a este trámite como coadyuvantes de las entidades demandadas y se opusieron a la prosperidad de la suspensión provisional del acto acusado.

Mediante providencia de dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020), el Despacho dispuso aceptar esa vinculación, por lo que a continuación se resumirán los argumentos de oposición presentados por los coadyuvantes.

2.2.1. En su escrito, Ecopetrol S.A. sostuvo que el Decreto 328 de 2020 es, precisamente, una manifestación de la aplicación del principio de precaución, pues busca la realización de procesos experimentales que permitan conocer los posibles riesgos de la exploración y explotación de yacimientos no convencionales en el país e identificar la forma de mitigarlos¹¹.

Agregó que la facultad legal que le asiste al Gobierno Nacional para llevar a cabo los PPII fue materia de pronunciamiento por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado dentro de la acción de nulidad de radicado 57.819, y manifestó que la medida cautelar es improcedente por cuanto no fue aportada ninguna prueba sobre los posibles riesgos que podría tener para el medio ambiente la ejecución de este tipo de proyectos.

De otra parte, llamó la atención sobre los efectos que podría generar la adopción de la medida solicitada, afirmando que la suspensión de la norma desconocería la

¹¹ SAMAI, índice 34.



ponderación de asuntos de política pública, arriesgaría la seguridad energética del país, atentaría contra la seguridad jurídica de una industria considerada de utilidad pública e interés general y “(...) *generaría la pérdida de oportunidad de adquirir la información necesaria que permita al H. Consejo de Estado y a la nación tomar una decisión de fondo con fundamentos reales, técnicos y científicos que permita la ponderación costo-beneficio para el país y las comunidades (...)*”.

2.2.2. Por su parte, la Agencia Nacional de Hidrocarburos - ANH, actuando por intermedio de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, presentó escrito en el que manifestó su oposición a la medida cautelar solicitada, señalando que “(...) *tal pedimento: (i) excede el propósito y la finalidad que ostentan las medidas cautelares al amparo del CPACA; (ii) incumple los requisitos legales de la materia, y (iii) carece de fundamento fáctico que respalde su viabilidad*”¹².

Sobre el particular, manifestó que la suspensión provisional solicitada no reúne los requisitos establecidos en las normas aplicables y que con ella los demandantes pretenden que se resuelva anticipadamente el fondo del proceso, lo cual constituiría un prejuzgamiento.

De igual modo, afirmó que la parte actora “(...) *no acreditó, ni fundamentó siquiera sumariamente los presuntos perjuicios que podría generar la norma demandada (...)*”, no justificó la urgencia de la medida y no explicó tampoco las razones por las cuales de no suspenderse provisionalmente el acto demandado los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Añadió que los demandantes pretenden debatir la viabilidad de realizar actividades de fracking en el país, asunto que no es materia de discusión en este proceso. Por último, señaló en su escrito que el acto acusado es una “*disposición en construcción*”, por cuanto faltan aún por ser expedidas distintas regulaciones adicionales sobre la materia “(...) *producto de una orden judicial dada por el mismo Consejo de Estado que avaló el hecho de que, en aplicación del principio de precaución, se realizaran pruebas piloto (...)*”.

¹² Memorial y anexos en SAMAI, índice 35.



2.2.3. Finalmente, la Asociación Colombiana del Petróleo – ACP sostuvo que en el presente caso la medida es improcedente por ausencia de pruebas o demostración de violación del orden jurídico, además de ser innecesaria e inadecuada y de dar lugar a que, para poder decidir sobre la misma, deba estudiarse la integralidad de la demanda¹³.

Además, indicó que la solicitud de la parte actora parte de un incorrecto entendimiento del principio de precaución, pues dicho principio tiene aplicación ante la falta de certeza científica sobre potenciales daños graves e irreversibles al medio ambiente, de manera que, en tanto los PPII tienen precisamente como propósito recopilar información, generar conocimiento y evaluar los efectos de la actividad, “(...) *no se entiende cómo una norma encaminada a aportar elementos para superar la supuesta falta de certeza técnica y científica, puede ser a su vez contraria a dicho principio*”.

Añadió que en la solicitud no se pone en evidencia una contradicción entre el acto acusado y el orden jurídico superior, sino que se ataca la técnica del fracking para la explotación de yacimientos no convencionales en Colombia, asunto que está siendo estudiado por esta Corporación en el proceso de nulidad que actualmente cursa contra el Decreto 3004 de 2013 y la Resolución 90341 del Ministerio de Minas y Energía (expediente 57.819).

Por último, señaló que no se vislumbra cómo el Decreto 328 de 2020 podría generar una afectación directa a una comunidad étnica en particular, dado que no está delimitada el área geográfica en la que se desarrollarían los PPII, pues se trata de un acto administrativo de carácter general cuyo propósito es expedir lineamientos para la ejecución de ese tipo de proyectos.

3. Concepto del Ministerio Público

En escrito radicado el veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)¹⁴, presentado con algunos ajustes nuevamente el veintisiete (27) de julio de la misma

¹³ Escrito y anexos en SAMAI, índice 43.

¹⁴ SAMAI, índice 44.



anualidad¹⁵, el Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto respecto de la medida cautelar solicitada.

En criterio del Ministerio Público, en este caso el problema jurídico se circunscribe a examinar si el acto demandado viola de manera manifiesta el principio de precaución y el derecho fundamental a la consulta previa, “(...) *al punto de justificarse la suspensión de los efectos de aquél, mientras se surte el presente proceso*”, procediendo a exponer sus consideraciones en torno a tres asuntos sobre los que centró su análisis, a saber: i) el artículo 2.2.1.1.1.A.2.12. de la norma demandada y la aplicación del principio de precaución; ii) la integración del Comité de Evaluación de los PPII y la posible afectación al principio de precaución que ello pudiera implicar; y iii) la eventual violación del derecho fundamental a la consulta previa en los términos de la medida cautelar solicitada.

A partir del análisis de los mencionados puntos, sostuvo que, a su juicio, no procede la suspensión provisional del acto acusado por cuanto, de acuerdo con los argumentos planteados y para los efectos del pronunciamiento procedente en esta etapa procesal, éste no vulnera el principio de precaución, sino que tiene por finalidad fijar lineamientos generales cumpliendo con el diseño dispuesto por la Comisión de Expertos para los PPII.

Así mismo, indicó que la integración del Comité Evaluador de los PPII no vulnera el principio de precaución, “(...) *al menos no, al punto de justificar la adopción de la medida cautelar solicitada(...)*”, pues se trata de un órgano técnico no decisorio cuyas funciones se limitan a la recomendación, evaluación y análisis de riesgos, así como a definir si los PPII, individualmente considerados, cumplieron con los requisitos y las condiciones establecidas por el Comité Evaluador, y sus informes se encuentran sujetos a las competencias de la Agencia Nacional de Hidrocarburos y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

En relación con la consulta previa a las comunidades, señaló que al no conocerse aún las zonas en las cuales se desarrollarán los proyectos y dado que la norma

¹⁵ SAMAI, índice 45.



demandada contiene lineamientos generales, no existe una afectación directa de comunidades indígenas ni una eventual vulneración de este derecho fundamental.

Para finalizar, agregó que al no haberse reglamentado con suficiente extensión lo relativo a la tecnología de mínimo impacto que debe utilizarse, no es posible en este momento concretar los posibles daños al medio ambiente, razón por la cual, y mientras dicha normativa no sea expedida, no puede hablarse de violación al principio de precaución.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia; de la *“solicitud especial de integración de la sección tercera para decisión”*, formulada por el apoderado del Ministerio de Minas y Energía

De acuerdo con el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y atendiendo a la naturaleza de la presente acción, este Despacho es competente para resolver respecto de la solicitud de medidas cautelares formulada por la parte actora.

En efecto, la norma en cuestión establece que *“será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite”*¹⁶, y que, para el caso de los procesos de única instancia -como el de nulidad- la decisión respecto de la solicitud de medidas cautelares debe ser adoptada por el ponente.

En este punto, el Despacho encuentra pertinente referirse entonces a la petición formulada por el apoderado del Ministerio de Minas y Energía, a fin de que este asunto sea resuelto por la Sala Plena de la Sección Tercera, petición que planteó en los siguientes términos:

¹⁶ *“ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.*



*“De acuerdo con lo establecido en el numeral 4°, artículo 17 del acuerdo 080 de 2019, por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado, de manera atenta **me permito solicitar al magistrado sustanciador que para el caso concreto de la providencia en que se resolverá la solicitud de suspensión provisional del Decreto 328 de 2020, sesionen de manera conjunta las Subsecciones de la Sección Tercera.***

Lo anterior debido a la trascendencia, jurídica, económica, social, técnica y científica del asunto relacionado con el estudio de legalidad del citado Decreto; importancia que se infiere de argumentos que han sido presentados por esta defensa ante el pleno de la sección tercera, en el medio de control de simple nulidad identificado con el número de radicado 11001032600020160014000, radicado por el ciudadano Esteban Antonio Lagos y tramitado ante del despacho del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, según los cuales a través de la técnica de fracturamiento hidráulico, La Nación pretende aumentar ostensiblemente las reservas probadas de crudo y gas, asegurando el abastecimiento energético y la prestación de servicios públicos esenciales como lo son el de energía eléctrica mediante la generación térmica, gas domiciliario y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo para los habitantes del territorio nacional.

De igual manera, a través dichas reservas, se podrán incorporar al presupuesto de la Nación, importantes recursos económicos, por concepto de impuestos y regalías; sumado a los puestos de trabajo que se generarán tanto directa como indirectamente en la industria de los hidrocarburos” (se resalta).

Como se observa, con esta petición se busca que la providencia con la cual se resuelva la solicitud de medidas cautelares sea dictada de manera conjunta por las distintas Subsecciones de la Sección Tercera, es decir, por la Sala Plena de esta Sección.

Pues bien, en efecto, el artículo del Reglamento del Consejo de Estado en el que funda su solicitud el apoderado de la entidad, establece la posibilidad de que asuntos que son de competencia de las respectivas Subsecciones sean decididos por el pleno de la Sección a la que pertenecen. Así, la norma en cuestión dispone:



“ARTÍCULO 17.- COMPETENCIA DE CADA SUBSECCIÓN. Cada Subsección decidirá los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:

(...) 4. Para de(sic) decidir un asunto, a través de auto o sentencia, cuando así lo decida la Sección por solicitud de cualquiera de sus miembros (...).”

Sin embargo, esta disposición no resulta aplicable al presente asunto, dado que en este caso la decisión respecto de las medidas cautelares, como atrás se indicó, corresponde al Magistrado Ponente y no a la Subsección a la que él pertenece.

Así se desprende, como se anotó, del contenido del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011 y de la naturaleza de este proceso, lo cual, además, permite garantizar el derecho al debido proceso de los intervinientes y la posibilidad de que ellos puedan ejercer los recursos que, por ley, caben contra la decisión que se adopte en esta instancia.

En consecuencia, la solicitud formulada por el apoderado del Ministerio de Minas y Energía deberá ser resuelta desfavorablemente, reafirmando la competencia que tiene este Despacho para resolver el *sub judice*.

2. Cuestión preliminar; del término para descorrer el traslado de las medidas cautelares

El día treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020), la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado efectuó el paso al despacho del expediente de la referencia y rindió informe respecto de las notificaciones de las providencias mediante las cuales se dispuso la admisión de la demanda y el traslado a las partes de la medida cautelar solicitada.

En dicho informe, la Secretaría hizo constar que “[e]l 15 de julio de 2020 se envió correo electrónico a las partes señaladas en el auto que admitió la demanda, con el fin de notificarles la providencia de 8 de julio de 2020 que ordenó el traslado de la medida cautelar solicitada por los demandantes”, e indicó que el término para descorrer ese traslado corrió “del 16 de julio al 23 del mismo mes y año”.



Al respecto, el Despacho advierte que, de acuerdo con el artículo 233 del CPACA, cuando la medida cautelar se solicita con la presentación de la demanda, tal y como ocurrió en el presente asunto, la decisión mediante la cual se corre traslado de esta petición a los demandados debe notificarse “*simultáneamente*” con el auto admisorio de la demanda, lo cual implica que las dos providencias quedan sujetas a la notificación personal que -por expresa disposición legal- corresponde realizar frente a la admisión.

Adicionalmente, como lo establece el inciso tercero del artículo 8 del Decreto 806 de 2020, norma aplicable al proceso de la referencia, “[*]a notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación*”.

Así las cosas, habiéndose remitido el correo de notificación a los demandados y al Ministerio Público el quince (15) de julio de dos mil veinte (2020), debe entenderse que la notificación personal quedó surtida el día diecisiete (17) del mismo mes y año, de manera que, a diferencia de lo que indicó la Secretaría en su informe, el término con el que contaban las partes para descorrer el traslado tuvo lugar entre los días veintiuno (21) y veintisiete (27) de julio de los corrientes.

Bajo tal premisa, huelga concluir que todas las intervenciones formuladas y los documentos remitidos por el Agente del Ministerio Público fueron presentados en tiempo, de manera que sus argumentos y alegaciones serán valorados y analizados por este Despacho, con la salvedad hecha respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en relación con la acreditación de quien adujo ejercer su representación judicial.

Establecido lo anterior, pasa el Despacho a resolver de fondo la petición para que se disponga la suspensión provisional del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020.

3. Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo



De acuerdo con el artículo 229 del CPACA, las medidas cautelares tienen por objeto proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, con el fin de lograr la realización del derecho sustancial. Ellas proceden, de acuerdo con esa misma norma, “[e]n todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada”, y podrán ser decretadas por el juez o por el magistrado ponente.

A partir del análisis de la disposición normativa en comento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido las características principales de esta figura, así¹⁷:

- Pueden ser solicitadas y decretadas en cualquier clase de proceso declarativo que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no solo en los juicios de anulación de actos administrativos¹⁸;
- Se requiere solicitud previa del demandante;
- La autoridad judicial puede ordenarlas en cualquier estado del proceso una vez presentada la demanda;
- La solicitud debe estar sustentada por la parte y tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; y
- El decreto de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento, lo que obliga al juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional.

De acuerdo con el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares pueden ser de tipo preventivo, conservativo, anticipativo o de suspensión y deberán tener relación directa con las pretensiones que hayan sido formuladas en la demanda. En esa

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del tres (3) de diciembre de dos mil doce (2012), Expediente: 11001-03-24-000-2012-00290-00.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Expediente: 11001-03-24-000-2015-00408-00.



misma disposición se estableció que, como medida cautelar, el juez podrá ordenar el mantenimiento o restablecimiento de una situación, la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, la adopción de una decisión o la realización o demolición de una obra, el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer para las partes del proceso o, como en el caso que nos ocupa, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

4. La suspensión provisional de los actos administrativos

La posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo suspenda provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, encuentra su fundamento en el artículo 238 de la Constitución Política¹⁹.

Así, la suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en aquellos eventos en los que sea clara la infracción. En ese sentido, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo efectos jurídicos, ya que su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo sea ejecutable, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁰.

El artículo 231 del CPACA establece cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser decretada una medida de esta naturaleza, en los siguientes términos:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto

¹⁹ Constitución Política, “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.



demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

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

De esta manera, cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional procede a solicitud de parte cuando la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de medidas surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretende el restablecimiento, será necesario que el actor acredite –al menos de manera sumaria- el perjuicio alegado en la demanda.

Con esta disposición, la Ley 1437 de 2011 introdujo una variación importante en relación con los requisitos de la suspensión provisional de actos administrativos, pues mientras el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo condicionaba la medida a que la infracción de la norma superior fuese manifiesta y surgiera únicamente de la confrontación directa entre el acto demandado y los preceptos invocados en la solicitud de imposición de la medida, el actual estatuto de



procedimiento administrativo presenta un régimen más flexible que: i) no exige que la vulneración o violación sea ostensible o manifiesta; ii) permite analizar no solamente las normas invocadas en la solicitud sino también las que se señalen en la demanda; y (iii) faculta al juez para adentrarse en un análisis probatorio del material aportado con la solicitud de suspensión, a fin de establecer si el acto administrativo vulnera las normas invocadas y si, en consecuencia, es procedente decretar la medida solicitada.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“(...) lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. (...) Ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudios, pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”²¹.

En todo caso, quien solicita la aplicación de la medida debe llevar al juez los argumentos que le permitan adoptar una decisión con suficiencia, de manera que *“la carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantiza que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio, ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”²².*

Con base en las anteriores consideraciones, procede el Despacho a verificar si en este caso se cumplen o no los presupuestos para decretar la suspensión provisional

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 24 de enero de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00.

²² Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 18 de julio de 2016, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00111-00.



del acto acusado.

5. Caso concreto

En atención a la naturaleza de la acción aquí incoada, mediante la cual no se persigue el restablecimiento de un derecho o una indemnización de perjuicios sino la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, es claro que el análisis de los requisitos para que proceda la suspensión solicitada debe circunscribirse a la exigencia prevista en el inciso primero del artículo 231 del CPACA, esto es, únicamente a la condición de que resulte posible establecer que existe una violación de las disposiciones superiores invocadas en la solicitud o en la demanda, lo cual puede derivarse de su confrontación directa o de las pruebas allegadas con la solicitud.

5.1. Fundamentos específicos de la solicitud de suspensión provisional

En el presente caso, la parte actora solicitó la suspensión provisional del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020, *“por el cual se fijan lineamientos para adelantar Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII sobre Yacimientos No Convencionales – YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal – FH-PH, y se dictan otras disposiciones”*, con fundamento en las mismas razones aducidas para sustentar la demanda de nulidad, razones que se recondujeron a dos cargos específicos: la violación del principio de precaución y la inobservancia de las normas que exigen la realización de la consulta previa como requisito para la expedición de este tipo de actos.

En cuanto a lo primero, la parte actora sostuvo que el Decreto acusado comporta una vulneración de los artículos 8, 79, 80 y 334 de la Carta Política y 1 de la Ley 99 de 1993, normas que, de manera general, se ocupan de establecer la obligación del Estado de proteger los recursos naturales, el derecho al medio ambiente sano y la aplicación del principio de precaución en materia de políticas ambientales, 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 desarrollar el concepto de la violación, los demandantes plantearon cinco aspectos en los que se habría concretado la trasgresión del principio atrás señalado:

- i) la confusión en la que se incurre en el acto acusado entre las actividades científicas propias de los PPII y las actividades características de los proyectos piloto de exploración;
- ii) la falta de garantía de imparcialidad en las decisiones que adopte el Comité de Evaluación, derivada de su conformación con presencia mayoritaria de representantes del Gobierno Nacional;
- iii) el incumplimiento de las recomendaciones planteadas por la Comisión Interdisciplinaria de Expertos en su informe sobre los efectos ambientales y económicos de la exploración de hidrocarburos con la técnica del fracking, específicamente en lo que hace a la etapa de condiciones previas;
- iv) la no observancia de las órdenes emitidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020), dentro de la acción popular que se adelanta ante ese despacho judicial bajo el radicado 2020-01-008; y
- v) la no inclusión del componente *calidad del aire* dentro de la línea base ambiental que se plantea construir.

Por su parte, al plantear el segundo cargo la parte actora invocó como normas vulneradas el artículo 330 constitucional y la Ley 21 de 1991, disposiciones relacionadas con la necesidad de que las comunidades indígenas participen en las decisiones que se adoptan respecto de la explotación de los recursos naturales presentes en sus territorios.



Además de los argumentos formulados, los demandantes no aportaron al plenario elementos probatorios dirigidos a sustentar sus afirmaciones, de manera que el análisis que corresponde efectuar aquí debe limitarse a la confrontación del acto acusado con las normas superiores que se invocaron como vulneradas en la demanda.

5.2. De la alegada vulneración del principio de precaución como fundamento de la medida cautelar

5.2.1. Como marco general para el análisis de este asunto, debe indicarse que el principio de precaución -reconocido en distintos instrumentos internacionales ratificados por Colombia como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático suscrita en Nueva York el nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) y la Declaración de Rio de Janeiro de catorce (14) de junio de ese mismo año- y que encuentra sustento en el ordenamiento jurídico interno tanto en la Constitución Política como en la Ley 99 de 1993-, implica que, ante la duda sobre los posibles daños que pueda causar una actividad al medio ambiente, debe dársele prioridad a la protección de este último²³.

Aun cuando, por definición, este principio está llamado a operar en supuestos de riesgos potenciales o inciertos -en los que, precisamente, falta certeza científica que permita calcular el alcance de los mismos-, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que ello no puede dar lugar a determinaciones arbitrarias, por lo que *“las medidas que se adopten en el marco de este principio deben ser razonables y proporcionadas, y deben contar con un sustento mínimo que impida la adopción de resoluciones caprichosas o injustificadas. Por esto, (...) no exime de la carga de la prueba ni habilita a que se adopten decisiones con base en simples hipótesis, supersticiones, prejuicios o conjeturas. La razonabilidad y proporcionalidad de la medida depende, en lo fundamental, de que exista un principio de prueba que haga*

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002. En esta providencia, la Corte indicó expresamente que *“en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”*.



*verosímil el riesgo detectado y ofrezca una base mínima suficiente para fundamentar racionalmente una medida restrictiva de las libertades individuales*²⁴.

Para el caso específico de la adopción de medidas cautelares al amparo del principio de precaución, el Consejo de Estado ha advertido que ello *“supondría determinar el riesgo de configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados (periculum in mora) y la seriedad y visos de prosperidad de la reclamación (fumus boni iuris)*²⁵.

Así, en providencia de ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida dentro del expediente 57.819, se expusieron de forma esquemática las exigencias que, cumplidas, habilitarían la adopción de una decisión precautelativa con fundamento en el principio señalado, de la siguiente manera²⁶:

(i) [C]ontar con un mínimo de evidencias que permitan acreditar de manera objetiva y razonable que se está ante el peligro de daño grave e irreversible de un determinado ecosistema o recurso, (ii) resultar adecuadas para impedir que dicha afectación se concrete y (iii) tener una motivación completa, en la que se expongan con claridad y suficiencia las razones por las que dicha medida es adoptada”.

5.2.2. Establecido lo anterior y bajo la premisa de que la medida de suspensión provisional exige la advertencia inicial de que existe una violación de disposiciones superiores, el Despacho encuentra que, en este caso, la forma como los demandantes presentaron los argumentos relacionados con la alegada vulneración del principio de precaución, no deja en evidencia -a partir de los elementos con los que se cuenta en esta instancia procesal-, una oposición directa entre el contenido del acto demandado y las normas constitucionales y legales invocadas.

En efecto, los cinco argumentos específicos planteados por la parte actora dentro del primer cargo llevan, *in situ* y de forma ineludible, el análisis de aspectos distintos

²⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. En esta providencia se advirtió que, aun cuando este tema había sido abordado por el Consejo de Estado en sede de acción popular, las consideraciones anotadas resultaban extensibles a otros ámbitos de acción.



a la mera conformidad de la norma acusada con las disposiciones superiores que establecen el principio de precaución, pues exigen, de un lado, el adentrarse en temas técnicos que constituyen parte fundamental del debate que se dará en el presente proceso -como el relacionado con el alcance que deberían tener los PPII y los componentes de la línea base ambiental-, y, del otro, la valoración de otras fuentes que no son propiamente normativas, como el concepto rendido por la Comisión de Expertos y la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción popular 2020-01-008, que se encuentra en curso.

Esta situación hace que, en esta etapa inicial, no se haga evidente una vulneración de normas de rango superior, tal y como lo puso de presente el Ministerio Público y varios de los intervinientes, quienes señalaron la falta de suficiencia de los argumentos planteados en la demanda para sustentar una medida como la suspensión provisional del acto objeto de reproche.

En este punto, es necesario reiterar que la flexibilización que introdujo el CPACA frente al trámite de la suspensión provisional de actos administrativos, no implica que la infracción que se alega no deba ser notoria o que el peticionario sea relevado del deber de demostrar dicha infracción; por el contrario, la violación tiene que ser clara y su conocimiento debe ser llevado y sustentado por la parte interesada ante la autoridad judicial.

Por lo demás, el Despacho estima que en esta instancia procesal aun no resulta del caso pronunciarse frente a las alegadas afectaciones ambientales a las que se refiere la demanda -planteadas de manera muy directa en relación con el desarrollo de las actividades de extracción y explotación mediante la técnica del fracking-, sino que será necesario avanzar en el debate planteado por la presente acción para dilucidar si ellas resultan del caso frente a los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.

5.3. De la falta de agotamiento de la consulta previa como instancia necesaria para la expedición del acto acusado



5.3.1. El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas se encuentra establecido en el párrafo del artículo 330 de la Constitución de 1991, en los siguientes términos:

“Artículo 330. (...) “Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

A partir de ese claro mandato de la Carta Política, la Corte Constitucional ha definido la consulta previa como el derecho fundamental a *“la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales”*²⁷, derecho que, al mismo tiempo, constituye una herramienta básica para *“preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*²⁸.

En cuanto a la participación de estas comunidades en el proceso de adopción de medidas administrativas relacionadas con la exploración o explotación minera a gran escala, la jurisprudencia constitucional ha resaltado su importancia a partir de la consideración de que, en estos eventos, la consulta permite poner en discusión asuntos que las autoridades competentes pueden no ser capaces de percibir o de anticipar, relacionados con los efectos que pueden llegar a generarse sobre la integridad de estos pueblos²⁹.

²⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de unificación SU-039 de 1997.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Así, en la sentencia T-769 de 2009 la Corte Constitucional indicó: *“Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (parágrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169, estimó la Corte que ‘la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas’, tendientes a buscar, como se indicó en el anterior acápite:*

a) *Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.*

b) *Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.*

c) *Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y*



5.3.2. Pues bien, en el presente caso, los demandantes señalaron que para la expedición del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020, resultaba necesario que el Gobierno Nacional *“consultar[a] previamente con las comunidades o pueblos indígenas y tribales, pues se debe garantizar la protección de sus derechos fundamentales, los cuales pueden resultar afectados con la exploración en pozos mediante fracking”*.

De acuerdo con los actores, la zona geográfica afectada con este acto es el *“Valle Medio del Magdalena (VMM)”*, cuyas *“rocas generadoras se extienden desde Aguachica (Cesar), hasta Puerto Boyacá (Boyacá), por más de 8500 kilómetros cuadrados”*, viéndose impactada la comunidad indígena Embera Dachi Drua, asentada en la Vereda India Media del Municipio de Puerto Parra (Santander).

Por su parte, los opositores afirmaron -casi de forma unánime- que la consulta no resultaba necesaria, teniendo en cuenta la generalidad del acto acusado.

En este escenario, el Despacho advierte que los elementos presentados por la parte actora para sustentar la exigibilidad de la consulta previa para el caso concreto, no permiten llegar al convencimiento inicial de que, en realidad, existió una vulneración del mandato previsto en el artículo 330 constitucional.

En efecto, una primera aproximación a la norma acusada no arroja como resultado una referencia específica a un territorio o a una zona determinada, lo cual implica que no resultan claras las razones por las cuales los demandantes fijan como región

desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca así, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. (...)

Así, en un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, se estableció: ‘Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia’.”



afectada la del “*Valle Medio del Magdalena (VMM)*” y señalan como comunidad indígena impactada a los Embera Dachi Drua.

El hecho de que esas referencias no surjan de la literalidad del decreto cuya anulación se solicita, impide concluir -en esta instancia preliminar-, que fuera menester efectuar la consulta previa como requisito para la expedición del acto demandado y, en consecuencia, llevan a desestimar la procedencia de la suspensión provisional con fundamento en esta causa.

En todo caso, el Despacho encuentra necesario advertir que esto no significa, de manera alguna, que se esté desechando anticipadamente el cargo planteado por la parte actora, puesto que será en el marco del debate del presente proceso donde se establecerá si de alguna manera -directa o indirecta- el decreto acusado fija una delimitación geográfica particular y si, por tal razón, para su expedición la administración debió haber agotado el trámite de consulta previa.

6. Conclusión

Así las cosas, con fundamento en las razones atrás expuestas, se impone negar la solicitud de medida cautelar solicitada por los demandantes, con la advertencia de que esta decisión no constituye un prejuzgamiento, ni compromete la posición del Despacho al momento de decidir de fondo el asunto, puesto que simplemente responde al análisis inicial y previo que corresponde realizar en este estado procesal.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 328 de 28 de febrero de 2020, “*Por el cual se fijan lineamientos para adelantar Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII sobre Yacimientos No Convencionales – YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico*”



Multietapa con Perforación Horizontal – FH-PH, y se dictan otras disposiciones”, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Eduar Libardo Vera Gutiérrez, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.859.362 y portador de la tarjeta profesional No. 216.911 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la Nación - Ministerio del Interior, de conformidad con el poder otorgado³⁰ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Anderson Alberto López Pinilla, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.185.717 y portador de la tarjeta profesional No. 219.901 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el poder general otorgado mediante Escritura No. 822 de 12 de febrero de 2020³¹ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso.

CUARTO: RECONOCER personería al abogado Fernando Hernández Alemán, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.398.808 y portador de la tarjeta profesional No. 86.340 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con el poder otorgado³² y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso.

QUINTO: REQUERIR a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que allegue los documentos que dan cuenta de la vinculación del abogado Juan Carlos Pérez Franco, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.458.892 y portador de la tarjeta profesional No. 73.805 del Consejo Superior de la Judicatura, con esa entidad, específicamente, los actos administrativos de nombramiento y posesión del citado profesional.

³⁰ SAMAI, índice 36.

³¹ SAMAI, índice 37.

³² SAMAI, índice 38.



SEXTO: RECONOCER personería a la abogada Adriana Marcela Ortega Moreno, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.013.607.950 y portadora de la tarjeta profesional No. 273.576 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la Nación - Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con el poder otorgado³³ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: RECONOCER personería a la abogada Natalia Carolina Rios Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.097.390.728 y portadora de la tarjeta profesional No. 245.676 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con el poder otorgado³⁴ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

³³ SAMAI, índice 41.

³⁴ SAMAI, índice 42.