

4.2.0.1. Grupo de Representación Judicial



Radicado: 2-2020-051132

Bogotá D.C., 9 de octubre de 2020 12:20

Radicado entrada
No. Expediente 45140/2020/OFI

Señor Magistrado Ponente:

Dr. **NICOLAS YEPES CORRALES**

Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado

Calle 12 N° 7 - 65 – Palacio de Justicia

Bogotá, D.C.

REF : Simple Nulidad
RADICADO : 11001 - 03 - 26 - 000 - **2020 – 00042 – 00 – (65992)**
ACCIONANTE : Cesar Augusto Pachón Achury y otros.
ACCIONADOS : La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros

JUAN CARLOS PÉREZ FRANCO, identificado como aparece al pie de mi firma, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio con tarjeta profesional No 73.805 del C. S. de la J., actuando en nombre y representación del Ministerio de Hacienda y Crédito dentro del proceso de la referencia, acorde con las facultades conferidas mediante la Resolución 0928 del 27 de marzo de 2019; estando dentro del término legal procedo a **contestar el medio de control arriba referenciado** en los siguientes términos:

Cabe recordar que los accionantes consideran que el Decreto 328 del 28 de febrero de 2020 adolece de nulidad toda vez que, de una parte, el Gobierno Nacional desconoció el principio de precaución en materia ambiental en contravía de lo dispuesto en los artículos 8, 79, 80, 330, 334 y 338 de la Constitución Política, mientras de otro lado, a su juicio, desconoce el deber de brindar a las comunidades indígenas la posibilidad de participar en las decisiones que se adopten en relación con la explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, contrariando también lo preceptuado armónicamente en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política y el art. 1° -numerales 1°, 2° y 6°- de la Ley 99 de 1992.

De esta manera, los accionantes reseñan el primer cargo, en los siguientes términos:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co

A. PRIMER CARGO.

“El Decreto 328 de 2020 es violatorio de las normas constitucionales y legales citadas líneas arriba porque desatiende el principio de precaución al fijar lineamientos para adelantar Proyectos Pilotos 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, incumpliendo la obligación del Estado de proteger las riquezas naturales y culturales de la nación (artículo 8), interfiriendo en el derecho de todas las personas a un ambiente sano y en el derecho de las comunidades a participar en las decisiones que puedan afectarlas (artículo 79), inobservando la obligación de prevenir y controlar factores de deterioro ambiental (artículo 80), así como la preservación de un ambiente sano (338).

De la lectura íntegra del cargo anotado en precedencia, inferimos que los accionantes consideran que el Decreto 328 de 2020, al fijar los lineamientos para adelantar los Proyectos Piloto de Investigación Integral (PPII) sobre Yacimientos no Convencionales de Hidrocarburos (YNC), con la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal (FH-PH), desatiende el principio de precaución, vulnerando normas del ordenamiento superior – arts. 8, 79, 80, 330, 334 y 338 de la Constitución Política -, y legal – numerales 1°, 2° y 6 del art. 1° de la Ley 99 de 1992 -, prohiendo así el incumplimiento de la obligación por parte del Estado de velar por la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación, desatendiendo el derecho que tienen todas las personas a disfrutar de un ambiente sano, pretermitiendo el derecho que les asiste a las comunidades a participar en las decisiones que las puedan afectar, amén de que no cumple la obligación de prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, todo lo cual converge en la vulneración del invocado principio de precaución.

Habida cuenta de la naturaleza del medio de control incoado, lo primero que procede es examinar si en verdad, como afirman los demandantes el Decreto 328 de 2020, vulnera las normas de rango constitucional y legal evocadas renglones atrás.

Al efecto escrutamos las estipulaciones contenidas en las normas de rango constitucional que los accionantes consideran infringidas con motivo de la expedición del Decreto 328 de 2020, las cuales disponen lo siguiente:

*“Art. 8o. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales **y naturales de la Nación.** (Negrillas fuera de texto)*

(...)

“Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. **La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.**

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. (Negrillas fuera de texto)

Art. 80. El Estado **planificará** el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, **para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

(...)

Art. 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

(...)

5. **Velar por la preservación de los recursos naturales.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

9. Las que les señalen la Constitución y la ley

PARAGRAFO. 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. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

ARTICULO 334. <Artículo modificado por el artículo 10. del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, 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 privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional

y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

*El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia **en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.** En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.*

PARÁGRAFO. *Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los <sic> derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.” (Negritillas y subrayas fuera de texto)*

A fin de examinar la legalidad del Decreto 328 de 2020, lo primero que cabe advertir, es que según señala el epígrafe, el mismo fue expedido con base en las facultades reglamentarias previstas en el numeral 11 del art. 189 superior, en consonancia con lo previsto en los arts. 2 y 158 del Decreto Ley 1056 de 2003, “*Por el cual se expide el Código de Petróleos*”; en desarrollo del art. 2° y el Capítulo B del Título IX de las Bases de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo “*Pacto por Colombia, Pacto Por la Equidad*” y, el art. 45 de la Ley 489 de 1998.

Así, el propósito del Decreto 328 de 2020, según reza su art. 1° ...”*es adicionar la Sección 1 A al Capítulo 1, del Título 1, la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Minas y Energía 1073 de 2015...*”

Precisado lo anterior, cabe destacar que en el medio de control de simple nulidad impetrado contra el Decreto 328 de 2020, los accionantes no controvierten su legalidad por vulnerar las normas en las que se funda, sino

por las consideraciones expuestas en la primera parte de este escrito, atinentes a que, en su expedición se vulneraron normas de rango constitucional - arts. 8, 79, 80, 330, 334 y 338 de la Constitución Política -, y legal – numerales 1°, 2° y 6 del art. 1° de la Ley 99 de 1992 – .

En ese orden, resulta pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado en el art. 332 de la Carta, el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables sin diferenciar los que se encuentran en el suelo de aquellos que provienen del subsuelo y, sin distinguir entre los que están en suelo de propiedad privada respecto de los que se localicen en terrenos públicos, tal y como señala la sentencia C-216/93, M.P. Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, cuyo tenor en lo pertinente señala:

“El artículo 332 de la Constitución declara sin rodeos que el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables, sin distinguir entre aquellos que se encuentran en el suelo y los que provienen del subsuelo y sin discriminar tampoco entre los que se hallan en suelo de propiedad privada respecto de los que se localicen en terrenos públicos. El Estado no es propietario del suelo, salvo el caso de los bienes fiscales, no es acertado a la luz de la Constitución afirmar que estén excluidos del dominio estatal todos los recursos naturales que se encuentren en el suelo por esa sola circunstancia, pues los no renovables son de propiedad pública. Lo propio ocurre con los materiales que componen el suelo o los elementos que de ellos se extraen y con los que se encuentren en terrenos de propiedad privada. En este último caso, la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, pero ello no implica que el Estado renuncie a favor del propietario el derecho público que se tiene sobre los recursos naturales no renovables. Distinción similar debe hacerse, al considerar los cargos contra los artículos 3°, 4° y 27, en lo atinente a los recursos naturales no renovables que se encuentren en bienes de uso público, pues aunque tales bienes, de conformidad con el artículo 63 de la Constitución, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, ello no quiere decir que esté prohibido al Estado ejercer la propiedad que le corresponde sobre los recursos naturales no renovables que allí se encuentran.”

De otro lado, es menester reseñar que es la Constitución Política de 1991, la fuente de la que dimana la propiedad del Estado sobre el subsuelo y los recursos no renovables tales como el petróleo, le confiere al Estado la facultad para intervenir por ministerio de lo dispuesto en la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, según se asume de la literalidad del siguiente aparte de la sentencia C- 983/10, M.P. Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, proferida en el marco de la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12 y 16 (parciales) de la Ley 1382 de 2010 “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, cuya letra preceptúa:

*“En relación con la propiedad y explotación minera en Colombia, reitera esta Sala que la Constitución de 1991 determina la propiedad del Estado sobre el subsuelo **y los recursos naturales no renovables**, sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes preexistentes (artículo*

332); que el Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, con el fin de lograr la racionalización de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes -artículo 334 Superior-; que por disposición de la Carta es el Legislador quien debe determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos y que la explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte; y que el Estado se encuentra facultado para establecer una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículos 80). Todo lo anterior, en armonía con la función ecológica de la propiedad -artículo 58 CN-, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido (artículos 9, 94 y 226). (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Así las cosas, cabe destacar que dentro de las normas objeto de reglamentación en el Decreto 328 de 2020, se encuentra el art. 158 del Decreto 1056 del 20 de abril de 1953, *Por el cual se expide el Código de Petróleos* - entre otras -, cuyo tenor preceptúa:

*“Artículo 158. El Ministerio de Minas y Petróleos ejercerá de manera constante la vigilancia sobre la forma como **se efectúe la explotación de los yacimientos de petróleo de propiedad nacional, con el objeto de impedir el agotamiento prematuro de los campos, el desperdicio de aceite o gas o, en general, una explotación contraria a la técnica o a la economía.**”* (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En ese contexto, encontramos que la expedición del Decreto 328 de 2020, obedece a una necesidad sentida que contrario a lo considerado por los accionantes, busca con su expedición conjurar el riesgo de que se agoten las reservas de petróleo al que se encuentra abocado el país, implementando los Proyectos Piloto de Investigación Integral (PPII) sobre Yacimientos no Convencionales de Hidrocarburos (YNC), utilizando la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal (FH-PH), de cuyo éxito depende el ingreso de valiosos recursos para el Estado, y de consiguiente, un beneficio directo para las comunidades asentadas sobre los territorios donde se ejecuten los mismos, guardando en dicha tarea todas precauciones que en materia ambiental prevé el mismo, pues, no serán viables si no cuentan con la licencia ambiental correspondiente.

- DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DE LOS PILOTO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL – PPII -

En relación con la participación de la comunidad, el Decreto 328 de 2020 contempla su integración desde la etapa inicial de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII -, los cuales se desarrollarán en tres etapas, a saber:

1. Etapa de Condiciones Previas;
2. Etapa Concomitante; y,
3. Etapa de Evaluación.

El art. 2.2.1.1.1 A 2.10. Creación de las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento, prevé lo siguiente:

*“Artículo 2.2.1.1.1 A 2.10. Creación de las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento: Durante esta etapa se conformará **para cada uno de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII** una mesa de las que habla el artículo 2.2.1.1.1 A. 4.3 como apoyo a la Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico.”*

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1 A. 4.3. Mesas de Territoriales de Diálogo y Seguimiento, prescribe lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.1 A. 4.3. Mesas de Territoriales de Diálogo y Seguimiento. Son las instancias de apoyo a la Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico, cuyo objeto permanente es el seguimiento y monitoreo a la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPI, conformadas por los actores sociales e institucionales que viven y desarrollan actividades en las áreas de influencia.”

Estas mesas, se constituirán e iniciarán su funcionamiento en la Etapa de Condiciones Previas. Serán, a su vez, un espacio de transmisión de información y fortalecimiento de capacidades comunitarias.

La Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico determinará cómo se integrarán esas mesas.

Las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento tendrán como funciones principales:

- a) *Hacer seguimiento permanente a la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII dentro del marco de su objeto.*
- b) *Servir de espacio de interlocución periódica entre los diferentes actores sociales e institucionales que viven y desarrollan actividades en el área de influencia de cada uno de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.*

- c) *Servir de espacio de dialogo para adelantar los ejercicios de planeación y priorización participativa de las inversiones que adelantarán las empresas operadoras en las zonas de influencia de los proyectos.*
- d) *Remitir a la Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico alertas sobre la posible materialización de riesgos y afectaciones al medio ambiente o la salud humana durante la ejecución de Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.*
- e) *Elaborar un Plan de Observación Ambiental y Participativo.*
- f) *Las demás que determine la Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico.*

“PARÁGRAFO: La conformación de las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento a los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII no limita otras instancias o mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Constitución Política y en la Ley y será un mecanismo que operará únicamente para el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII .

En relación con la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, amén de lo expuesto, procede invocar en cita el tenor del art. 2.2.1.1.1A.3.4. “Acompañamiento Territorial Permanente”, del decreto impugnado, así:

Artículo 2.2.1.1.1A.3.4. Acompañamiento Territorial Permanente. *Para la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia **establecerá un plan de acompañamiento territorial permanente a todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, para coordinar los espacios de participación y diálogo social con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento.** (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

De manera congruente y siguiendo la dirección anotada en precedencia, el artículo 2.2.1.1.1A.3.5. establece los “*Diálogos territoriales*”, con indicación de los momentos en los que estos serán desarrollados y los actores que deben ser convocados a los mismos, dentro de los que cabe destacar, **la obligación de convocar a las comunidades residentes en las zonas de influencia y las autoridades locales**, luego resulta ajena a la realidad la afirmación de los actores según la cual, el Decreto 328 de 2020 impide la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan.

Escrutemos el tenor literal del artículo 2.2.1.1.1A.3.5. “Diálogos territoriales”,

Veamos:

*Artículo 2.2.1.1.1A.3.5. Diálogos territoriales. El diálogo social entre los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, las comunidades y el Estado será transversal a la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII. **Se convocarán diálogos territoriales en 3 momentos específicos con la participación amplia de las comunidades en las zonas de influencia, las autoridades locales** y las empresas operadoras, convocados y liderados por el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico – Social y de Transparencia, atendiendo a las condiciones geográficas y de conectividad territorial.*

- 1. Primer diálogo territorial: tendrá lugar en la Etapa de Condiciones Previas, una vez se haya celebrado el mecanismo contractual entre los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII Y la Agencia Nacional de Hidrocarburos y antes de iniciar el proceso de licenciamiento ambiental.*
- 2. Segundo diálogo territorial: tendrá lugar al inicio de la Etapa Concomitante, en el que se presentan los resultados del Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental.*
- 3. Tercer diálogo territorial: tendrá lugar al finalizar la Etapa de Evaluación y permitirá **hacer una rendición de cuentas territorial de todos los actores involucrados en la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.***

PÁRAGRAFO PRIMERO. *El Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia, establecerá la metodología para el desarrollo de los Diálogos Territoriales y, en el caso que corresponda, se acordará con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento y con los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral- PPII.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *El Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia invitará al Ministerio Público a participar en los diálogos territoriales y le solicitará que acompañe su desarrollo y seguimiento a los acuerdos o compromisos a los que se lleguen.*

PARÁGRAFO TERCERO. *El Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía, desarrollará y regulará **los lineamientos en materia de diálogo social y relacionamiento territorial, y regulará los demás aspectos sociales que se consideren necesarios para el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, en aplicación de la Ley 1757 de 2015 y demás normas que la modifiquen, complementen o deroguen.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Lo anterior, resulta congruente con la previsión contenida en el art. 80 superior, pues lo que se busca a través de la Decreto 328 de 2020, no es cosa distinta que la planificación en el manejo y aprovechamiento de un recurso natural como el petróleo en aras de garantizar el desarrollo sostenible, a través de su obtención con la utilización de una técnica alternativa.

La anterior reseña normativa pone en evidencia que contrario a lo considerado por los demandantes, el Decreto 328 de 2020 sí contempla la integración desde la primera etapa - Etapa de Condiciones Previas - de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII -, a los actores sociales e institucionales que viven y desarrollan actividades en las áreas de influencia donde estos vayan a desarrollarse, sin distinciones de ninguna naturaleza - lo cual incluye por su supuesto a las comunidades indígenas -, sin perjuicio de que las comunidades asentadas en el área de influencia donde se ejecuten aquellos puedan utilizar los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Constitución Política y la Ley.

En ese contexto, y contrario a lo considerado por los accionantes, el Decreto 328 de 2020 no hace cosa distinta que acogerse plenamente a las normas constitucionales cuya infracción le endilgan sin sustento alguno, pues parten de elucubraciones que distan de lo establecido en el acto acusado.

En efecto, si examinamos una a una las normas constitucionales señaladas como infringidas, tenemos que, el Decreto 328 de 2020 respeta los mandatos constitucionales consagrados en las mismas, si bien, no existe duda que por mandato superior la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, cuya intervención en el presente caso se remite al uso de la facultad de que se encuentra investido el Gobierno Nacional para reglamentar la ley – numeral 11 del art. 189 de la C.P. -, en aras de regular los Proyectos Piloto de Investigación Integral (PPII) sobre Yacimientos no Convencionales de Hidrocarburos (YNC), con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal (FH-PH), el cual tiene como objetivo la búsqueda de la viabilidad de explotar petróleo a través del uso de una técnica alternativa a la convencional.

Ello por supuesto, en perfecto acatamiento de lo dispuesto en el art. 334 superior, en la medida que el Decreto 328 de 2020 tiene como fin conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

- **LOS REQUISITOS EN MATERIA AMBIENTAL CONTEMPLADOS EN EL DECRETO 328 DE 2020**

A este respecto, resulta oportuno traer a colación el art. 2.2.1.1.1A.2.3. que consagra los “Requisitos ambientales” del Decreto 328 de 2020, cuyo texto, señala:

“Artículo 2.2.1.1.1A.2.3. Requisitos ambientales. Los 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, estarán sujetos a la expedición de la licencia ambiental correspondiente, para lo cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el marco de sus competencias, expedirá los términos de referencia, sin perjuicio de la aplicación de los principios ambientales de que trata la Ley 99 de 1993.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en el marco de sus competencias, deberá evaluar las solicitudes de licencia ambiental y pronunciarse sobre su otorgamiento en los plazos definidos por la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Aquellos aspectos no regulados en virtud de las normas a las que se refiere esta Subsección, se regirán por la normatividad vigente y aplicable en materia ambiental.
(Subrayas y negrillas fuera de texto)

Como puede observarse el Artículo 2.2.1.1.1A.2.3. que consagra los requisitos ambientales, claramente le atribuye al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el marco de sus competencias la responsabilidad de expedir los términos de referencia mientras al tanto que la *Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en el marco de sus competencias, deberá evaluar las solicitudes de licencia ambiental y pronunciarse sobre su otorgamiento en los plazos definidos por la normatividad vigente*, a la que quedan sujetos los 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, lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de los principios ambientales de que trata la Ley 99 de 1993, mandato dentro del cual se enmarca lógicamente la aplicación de los numerales 1°, 2° y 6° de la Ley 99 de 1993, lo cual desvirtúa claramente las apreciaciones que sobre este tópico hacen los demandantes .

Ahora bien, el art. 79 constitucional le confiere el derecho a todas las personas de gozar de un ambiente sano, defiriendo a la Ley el deber de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla, de la siguiente manera:

“Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ENDILGADO EN EL CARGO

Lo primero que cabe advertir es que contrario a lo considerado por los accionantes en el cargo propuesto, el principio de precaución emerge de la teleología que inspiró la expedición del Decreto 328 de 2020, pues, de la lectura contextualizada de su texto, podemos extraer que la filosofía que inspiró su emisión, contrario *sensu* de la opinión de los demandantes, es la de amparar precisamente los derechos constitucionales y legales que los accionantes consideran vulnerados en relación con la protección del medio ambiente y el derecho de las comunidades a participar en las decisiones que las afectan.

Veamos,

El artículo 2.2.1.1.A.1.1. del acápite “Disposiciones Generales” que consagra el objeto del Decreto 328 de 2020, previene:

“Artículo 2.2.1.1.A.1.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto fijar los lineamientos para adelantar los Proyectos Piloto Integrales de Investigación - PPII sobre Yacimientos No Convencionales -YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH- PH.”*

De la simple lectura del “objeto” previsto en el artículo 2.2.1.1.A.1.1. del acápite Disposiciones Generales, podemos extraer diáfamanamente que lo que pretende el Gobierno Nacional es fijar los lineamientos, los que, a manera de pautas o parámetros, sirvan para adelantar proyectos piloto integrales de investigación - PPII - sobre Yacimientos No Convencionales -YNC de hidrocarburos con la utilización de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH- PH.

Ahora bien, atendido el carácter técnico que envuelve al Decreto 328 de 2020, con atinado criterio y en aras de brindar seguridad jurídica acerca del alcance real de las expresiones o vocablos utilizados en el mismo, el artículo 2.2.1.1.1A.1.2. consagra las “Definiciones” para proporcionar la acepción precisa de cada una de las expresiones o vocablos técnicos utilizados en el texto del decreto.

De esta manera, los “Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII-“, son definidos de la siguiente manera:

“Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII-: Son procesos experimentales, científicos y técnicos, de carácter temporal, que se desarrollan en un polígono específico, y que buscan: (i) recopilar información social, ambiental, técnica operacional y de dimensionamiento de los Yacimientos No Convencionales – YNC que requieran el uso de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH para su extracción; (ii) generar conocimiento para el fortalecimiento institucional; promover la participación ciudadana, la transparencia y acceso a la información; y (iii) evaluar los efectos de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH, según las condiciones de diseño, vigilancia, monitoreo y control que se establezcan. (Negrillas fuera del texto original)

Del tenor literal de la norma invocada podemos colegir que los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII – se definen como procesos experimentales, que tienen un carácter científico y técnico, supeditada su realización a un límite temporal y espacial, en la medida que deben ejecutarse en un tiempo determinado y en un polígono específico, los cuales envuelven tres propósitos específicos, a saber:

...”(i) recopilar información social, ambiental, técnica operacional y de dimensionamiento de los Yacimientos No Convencionales – YNC que requieran el uso de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH para su extracción; (ii) generar conocimiento para el fortalecimiento institucional; promover la participación ciudadana, la transparencia y acceso a la información; y (iii) evaluar los efectos de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH, según las condiciones de diseño, vigilancia, monitoreo y control que se establezcan.” (Negrillas fuera de texto)

En punto de lo que interesa en el análisis de este cargo frente a la presunta inobservancia del principio de precaución en la expedición del Decreto 328 de 2020, hemos de señalar que resulta lógico que los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII-, por su naturaleza experimental, tengan dentro de sus propósitos:...“(iii) **evaluar los efectos de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH, según las condiciones de diseño, vigilancia, monitoreo y control que se establezcan**”, y que, el resultado de tales evaluaciones será el que marque el derrotero de las decisiones que deberá adoptar el Gobierno Nacional, en relación con la adopción o desestimación de la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH.

Lo anterior supone pensar lógicamente que los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII-, están concebidos para que los resultados de los **efectos** que produce la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH, sean sometidos a evaluación, lo cual lleva insito el respeto del principio de precaución, pues, se acompasan de manera lógica con el criterio experimental del que están revestidos, el ámbito espacial donde deben ejecutarse y la limitación temporal de su realización.

Veamos,

En relación con los requisitos ambientales que deben reunir los 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, el artículo 2.2.1.1.1A.2.3. del Decreto 328 de 2020, señala lo siguiente:

***“Artículo 2.2.1.1.1A.2.3. Requisitos ambientales. Los 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, estarán sujetos a la expedición de la licencia ambiental correspondiente, para lo cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el marco de sus competencias, expedirá los términos de referencia, sin perjuicio de la aplicación de los principios ambientales de que trata la Ley 99 de 1993.*”**

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en el marco de sus competencias, deberá evaluar las solicitudes de licencia ambiental y pronunciarse sobre su otorgamiento en los plazos definidos por la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Aquellos aspectos no regulados en virtud de las normas a las que se refiere esta Subsección, se regirán por la normatividad vigente y aplicable en materia ambiental.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

La lectura detenida del artículo 2.2.1.1.1A.2.3. “Requisitos ambientales”, desvertebra el argumento de los accionantes según el cual, el Decreto 328 de 2020 desatiende el principio de precaución, por considerar que el Estado incumple su obligación de proteger las riquezas naturales y culturales de la nación, interfiere en el

derecho de todas las personas a disfrutar de un ambiente sano y desacata la obligación de prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, así como la de preservar un ambiente sano.

En efecto, contrario a lo señalado por los demandantes en el primer cargo, el artículo 2.2.1.1.1A.2.3 del Decreto 328 de 2020 condiciona la realización de los 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, a la expedición de la licencia ambiental **correspondiente**, es decir, en cada caso, a efectos de lo cual, le impone al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el marco de sus competencias, la expedición de los términos de referencia, sin perjuicio de la aplicación de los principios ambientales de que trata la Ley 99 de 1993.

En sintonía con el principio de precaución, el artículo 2.2.1.1.1A.2.8., que consagra la “Determinación de Líneas Base Generales”, tiene como propósito medir los posibles impactos de las actividades relacionadas con los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, en los que se determinarán las Líneas Base Generales en materia ambiental, de sismicidad, de salud y social, de la siguiente manera.

En efecto, el artículo 2.2.1.1.1A.2.8., previene:

“Artículo 2.2.1.1.1A.2.8. Determinación de Líneas Base Generales. *Para medir los posibles impactos de las actividades relacionadas con los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, se determinarán las Líneas Base Generales en materia ambiental, de sismicidad, de salud y social. El avance de estas líneas base se publicarán en el Centro de Transparencia cuando el primer Proyecto Piloto de Investigación Integral -PPII obtenga la licencia ambiental.*

Corresponde determinar las Líneas Base Generales a las entidades que se relacionan a continuación:

a. Línea Base Ambiental

- *La línea base de aguas superficiales será la que determine el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales.*
- *La línea base de aguas subterráneas será la que determine el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, con base en la información hidrogeología la sumistre el Servicio Geológico Colombiano.*
- *La línea base de ecosistemas y biodiversidad la elaborarán el Instituto Alexander Von Humboldt y el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales.*

b. Línea Base de Salud

- *La línea base de salud se determinará a nivel municipal y será la que determine la Secretaría Municipal respectiva, según los lineamientos que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social y en coordinación con este.*

c. Línea Base de Sismicidad

- *La línea base de sismicidad será la que determine el Servicio Geológico Colombiano.*

d. Línea Base Social

- *La línea base social será la que determine el Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Hidrocarburos.*

PARÁGRAFO: *Cada entidad deberá determinar el alcance de la Línea Base General, en el acto administrativo que emita en desarrollo del artículo 2.2.1.1.1A.2.9.”*

Cabe colegir entonces, que conforme a lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1A.2.8, en aras de medir los posibles impactos de las actividades relacionadas con los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, **se determinarán las Líneas Base Generales en materia ambiental, de sismicidad, de salud y social.**

Para garantizar el principio de publicidad, el avance de estas líneas base deberán publicarse en el Centro de Transparencia cuando el **primer Proyecto Piloto de Investigación Integral -PPII obtenga la licencia ambiental.**

Así las cosas, consideramos que el Decreto 328 de 2020, adopta las medidas necesarias para mitigar los eventuales efectos que en materia ambiental pueda producir la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal -FH-PH.

- **B. SEGUNDO CARGO:**
- **FRENTE AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE BRINDAR A LAS COMUNIDADES INDIGENAS LA POSIBILIDAD DE PARTICIPAR EN LAS DECISIONES QUE SE ADOPTEN RESPECTO DE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN SUS TERRIOTORIOS.**

Frente al derecho que les asiste con tanto a las comunidades como a las autoridades públicas asentadas en las jurisdicciones donde se desarrollarán los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII, el art. 2.2.1.1.A.3.3. del Decreto 328 de 2020, le asignó al Subcomité Intersectorial Técnico y Científico – Social y de Transparencia la función de diseñar y coordinar un programa de pedagogía cuyos destinatarios son precisamente las comunidades y las autoridades localizadas en las áreas de influencia de dichos proyectos – incluidas las comunidades indígenas -, a efectos de lo cual se le impone a dicho Subcomité la obligación de manejar un lenguaje claro, utilizando las metodologías adecuadas y teniendo como objetivo de dicha pedagogía los distintos aspectos que involucra la técnica Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal - FH-PH, según se lee en la citada norma.

Precisa dicha norma, que los contenidos objeto de pedagogía serán, la industria de los hidrocarburos; ii) la técnica Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal - FH-PH **y sus posibles riesgos ambientales y a la salud humana y los mecanismos de mitigación correspondientes;** iii) la geología, la biodiversidad y el sistema hidrológico de las áreas de influencia de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII; y iv) la gestión social del riesgo.

En efecto, el tenor del artículo 2.2.1.1.A.3.3. Programa de Apropiación Social del Conocimiento Científico, señala:

*“Artículo 2.2.1.1.A.3.3. Programa de Apropiación Social del Conocimiento Científico. El Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia diseñará y coordinará un programa de pedagogía **dirigido a las comunidades y autoridades públicas en las áreas de influencia de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII que contemplará, en lenguaje claro y con las metodologías apropiadas, contenidos referidos a:***

*La industria de los hidrocarburos; ii) la técnica Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal - FH-PH **y sus posibles riesgos ambientales y a la salud humana y los mecanismos de mitigación correspondientes;** iii) la geología, la biodiversidad y el sistema hidrológico de las áreas de influencia de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII; y iv) la gestión social del riesgo.*

PARÁGRAFO. Con el fin de aprovechar la información obtenida durante el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, la Comisión Intersectorial de Acompañamiento Técnico y Científico, directamente o a través de las entidades que la componen, podrá prestar apoyo técnico para la estructuración de proyectos de ciencia, tecnología e innovación que sean presentados al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías por las entidades territoriales de las áreas de influencia.

De otro lado, el artículo 2.2.1.1.1A.3.4. “Acompañamiento Territorial Permanente”, le asigna al Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia la tarea de establecer un plan de acompañamiento territorial **permanente** durante todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, para coordinar los espacios de participación y diálogo social con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento.

La anterior disposición supone que el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia tiene a su cargo la función de acompañamiento territorial con vocación de permanencia durante todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, y cuyo objetivo principal es coordinar los espacios de participación y dialogo **con las mesas de territoriales de dialogo y seguimiento**, vale decir, con participación de la comunidad.

Veamos,

Artículo 2.2.1.1.1A.3.4. Acompañamiento Territorial Permanente. Para la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia **establecerá un plan de acompañamiento territorial permanente a todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, para coordinar los espacios de participación y diálogo social con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento**. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De manera congruente y siguiendo la dirección anotada en precedencia, el artículo 2.2.1.1.1A.3.5. establece los “*Diálogos territoriales*”, con indicación de los momentos en los que estos serán desarrollados y los actores que deben ser convocados a los mismos, dentro de los que cabe destacar, **la obligación de convocar a las comunidades residentes en las zonas de influencia y las autoridades locales**, luego resulta ajena a la realidad la afirmación de los actores según la cual, el Decreto 328 de 2020 impide la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan.

Escretemos el tenor literal del artículo 2.2.1.1.1A.3.5. “Diálogos territoriales”,

Veamos:

*Artículo 2.2.1.1.1A.3.5. Diálogos territoriales. El diálogo social entre los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, las comunidades y el Estado será transversal a la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII. **Se convocarán diálogos territoriales en 3 momentos específicos con la participación amplia de las comunidades en las zonas de influencia, las autoridades locales** y las empresas operadoras, convocados y liderados por el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico – Social y de Transparencia, atendiendo a las condiciones geográficas y de conectividad territorial.*

- 4. Primer diálogo territorial: tendrá lugar en la Etapa de Condiciones Previas, una vez se haya celebrado el mecanismo contractual entre los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII Y la Agencia Nacional de Hidrocarburos y antes de iniciar el proceso de licenciamiento ambiental.*
- 5. Segundo diálogo territorial: tendrá lugar al inicio de la Etapa Concomitante, en el que se presentan los resultados del Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental.*
- 6. Tercer diálogo territorial: tendrá lugar al finalizar la Etapa de Evaluación y permitirá **hacer una rendición de cuentas territorial de todos los actores involucrados en la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII.***

PÁRAGRAFO PRIMERO. *El Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia, establecerá la metodología para el desarrollo de los Diálogos Territoriales y, en el caso que corresponda, se acordará con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento y con los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral- PPII.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *El Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia invitará al Ministerio Público a participar en los diálogos territoriales y le solicitará que acompañe su desarrollo y seguimiento a los acuerdos o compromisos a los que se lleguen.*

PARÁGRAFO TERCERO. *El Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía, desarrollará y regulará los lineamientos en materia de diálogo social y relacionamiento territorial, y regulará los demás aspectos sociales que se consideren necesarios para el desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, en aplicación de la Ley 1757 de 2015 y demás normas que la modifiquen, complementen o deroguen. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Artículo 2.2.1.1A.3.6. *Participación económica de las comunidades en los pozos de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII. Durante la ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII destinarán una suma complementaria de inversión social, por cada pozo perforado al que se le aplique la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal - FH- PH, para proyectos en favor de las comunidades, acorde a las condiciones que establezca la Agencia Nacional de Hidrocarburos.*

PARÁGRAFO. *Esta obligación, así como la forma en la que se ejecutarán los recursos, deberán estar consignadas en el mecanismo contractual que se suscriba entre la Agencia Nacional de Hidrocarburos y los Contratistas de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII. . (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Leído el tenor de los artículos 2.2.1.1A.3.3. “Programa de Apropiación Social del Conocimiento Científico”, 2.2.1.1A.3.4. “Acompañamiento Territorial Permanente” y 2.2.1.1A.3.5. “Diálogos territoriales”, *consideramos contraevidente la afirmación de los accionantes conforme a la cual el Decreto 328 de 2020, al fijar los lineamientos para adelantar los Proyectos Piloto de Investigación Integral (PPII) sobre Yacimientos no Convencionales de Hidrocarburos (YNC), con la técnica de Fracturamiento Hidráulico Multietapa con Perforación Horizontal (FH-PH), desampara el derecho de todas las personas a disfrutar de un ambiente sano, desatiende el derecho de las comunidades a participar en las decisiones que las puedan afectar, amén de que no cumple la obligación de prevenir y controlar factores de deterioro ambiental.*

- SEGUNDO CARGO:

“ El Decreto 328 de 2020 no permite la participación libre e informada de comunidades tribales e indígenas asentadas en las zonas donde se llevarán a cabo los Proyectos Pilotos PPII a través de la consulta previa, que es obligatoria en los casos donde puedan verse afectados sus derechos.

En sentido estricto, como los PPII buscan darle viabilidad a la implementación o aplicación de la Tecnología del Fracturamiento Hidráulico Multietapa a través de pozos horizontales en Roca Generadora, la cual no es una acumulación local como ocurre en los yacimientos convencionales, sino que es de carácter regional; y en particular en el Valle Medio del Magdalena (VMM), las rocas generadoras se extienden desde Aguachica (Cesar), hasta Puerto Boyacá (Boyacá), por más de 8500 kilómetros cuadrados.

La Corte ha insistido en que la **licencia ambiental resulta ser el instrumento mediante el cual se puede guardar la integridad y forma de vida de las comunidades étnicas que habitan un territorio que va a ser afectado por un proyecto**, y en consecuencia, el otorgar una licencia ambiental que no incluya la consulta previa cuando la actividad autorizada puede afectar a comunidades étnicas, constituye una fuente de vulneración de derechos fundamentales²⁰, así mismo también ha manifestado que la consulta previa es obligatoria cuando se pretendan **tomar medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos**²¹, como ocurre en este caso con la expedición del Decreto en cuestión.

Por lo que, el Gobierno Nacional, para expedir esta norma debió consultar 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 motivo de la exploración en pozos mediante fracking.

El Convenio 169 de 1989 con la OIT, obliga 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:

- 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 dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y 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.*

El Gobierno Nacional debió entonces poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas e ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y debió darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran.

Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

En conclusión, la implementación del Fracturamiento Hidráulico Multietapa a través de Pozos Horizontales, en el VMM, vulnera los derechos constitucionales de la Comunidad indígena EMBERA DACHI DRUA asentada en la Vereda India Media del Municipio de Puerto Parra (Santander), reconocida bajo Resolución 0120 del 5 de septiembre de 2014, del Ministerio del Interior; y de 15 Organizaciones Afrodescendientes reconocidas por el Ministerio del Interior, que están asentadas a lo largo y ancho del Valle del Magdalena Medio, y afiliadas a AFRODEMAN.

RESPUESTA AL CARGO:

Contrario a lo expuesto por los accionantes, el Decreto 328 de 2020 no sólo permite la participación libre e informada de las comunidades tribales e indígenas asentadas en las zonas donde se llevarán a cabo los Proyectos Pilotos PP11, sino la de todos los ciudadanos y autoridades públicas asentadas en los territorios donde van llevarse a cabo los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PP11.

El artículo 2.2.1.1.1A.3.4. “Acompañamiento Territorial Permanente”, le asigna al Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia la tarea de establecer un plan de acompañamiento territorial **permanente** durante todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PP11,

para coordinar los espacios de participación y diálogo social con las Mesas Territoriales de Diálogo y Seguimiento.

La anterior disposición supone que el Subcomité Intersectorial Técnico y Científico - Social y de Transparencia tiene a su cargo la función de acompañamiento territorial con vocación de permanencia durante todo el proceso de ejecución de los Proyectos Piloto de Investigación Integral - PPII, y cuyo objetivo principal es coordinar los espacios de participación y dialogo **con las mesas de territoriales de dialogo y seguimiento**, vale decir, con participación de la comunidad sin distinciones de ninguna naturaleza.

De manera concordante, el artículo 2.2.1.1.1A.3.5. del Decreto 328 de 2020 que establece los “*Diálogos territoriales*”, previene acerca de los momentos o las etapas en los que estos - *diálogos territoriales* - deben ser desarrollados, sino los actores que deben ser convocados a los mismos, dentro de los que cabe destacar, **la obligación de convocar a las comunidades residentes en las zonas de influencia y a las autoridades locales**, luego resulta ajena a la realidad la afirmación de los actores según la cual, el Decreto 328 de 2020 impide la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en las decisiones que las afectan, pues dicha normativa no discrimina a ningún ciudadano, si bien tiene como destinatarios a los residentes y autoridades públicas del área donde han de llevarse a cabo los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII.

En cuanto a la obligación de obtener la licencia ambiental en desarrollo de los Proyectos Piloto de Investigación Integral – PPII, es menester recordar que dicho requisito se cumple a cabalidad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1A.2.8. del Decreto 328 de 2020, según el cual:

“Artículo 2.2.1.1.1A.2.8. Determinación de Líneas Base Generales. Para medir los posibles impactos de las actividades relacionadas con los Proyectos Piloto de Investigación Integral -PPII, se determinarán las Líneas Base Generales en materia ambiental, de sismicidad, de salud y social. El avance de estas líneas base se publicarán en el Centro de Transparencia cuando el primer Proyecto Piloto de Investigación Integral -PPII obtenga la licencia ambiental.”

PETICIÓN:

Con fundamento en las razones expuestas, respetuosamente solicitamos declarar la legalidad del Decreto N° 328 de 2020, no sólo porque se acoge plenamente a las normas que le sirven de fundamento, sino porque respeta íntegramente lo dispuesto en los artículos 8, 79, 80, 330, 334 y 338 de la Constitución Política -, así como a los numerales 1°, 2° y 6 del art. 1° de la Ley 99 de 1992.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la secretaria de su despacho o en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, localizado en la Cra. 8 N°. 6 C - 38 - Edificio San Agustín – Grupo de Representación Judicial de la Subdirección Jurídica. P. 3° Edificio San Agustín - Bogotá, D.C. Tel.: 3811700 Ext. 4249.

Correo electrónico: notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co; juan.perez@minhacienda.gov.co

Atentamente,

JUAN CARLOS PÉREZ FRANCO

C.C. No. 5.458.892 de La Playa – Norte de Santander

T.P. No. 73.805 del C.S. de la J.

Anexo: Copia de la Resolución 0928 del 27 de marzo de 2019, en dos (2) folios.

APROBÓ:

ELABORÓ: JUAN CARLOS PEREZ FRANCO

Firmado digitalmente por: Juan Carlos Perez Franco

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (571) 381 1700

Atención al ciudadano (571) 6021270 - Línea Nacional: 01 8000 910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C- 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co