

Bogotá D.C.,

Honorables Magistrados
Sección Primera
CONSEJO DE ESTADO

E. S. D.

Referencia: Medio de control de nulidad simple con solicitud de suspensión provisional en contra del segundo inciso del artículo 3º; y el artículo 6º (parcial) del Decreto 0044 del 30 de enero de 2024, proferido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Minas y Energía.

WILLIAM BRUCE MAC MASTER ROJAS, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia-ANDI, por medio del presente memorial ejerzo el medio de control de **NULIDAD** previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra del **DECRETO 0044 DE 30 DE ENERO DE 2024**, expedido conjuntamente por el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE y el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, «por el cual se establecen criterios para declarar y delimitar reservas de recursos naturales de carácter temporal en el marco del ordenamiento minero-ambiental y se dictan otras disposiciones».

Para sustentar la presente demanda, el documento se organiza de la siguiente forma: en primer lugar, se citan las normas demandadas y se profundiza el contenido de sus disposiciones (apartado I). En segundo lugar, se identifican las partes del proceso (apartado II). En tercer lugar, se establece la competencia del honorable Consejo de Estado, específicamente en su Sección Primera (apartado III). En cuarto lugar, se relatan los hechos que dan lugar a la presentación de esta demanda (apartado IV). En quinto lugar, se hace explícita la pretensión de la demanda (apartado V). En sexto lugar, se desarrollan los argumentos que soportan el presente escrito y su pretensión (apartado VI). En séptimo lugar, se solicita y justifica la práctica de una medida cautelar (apartado VII). Finalmente, se referencian los Anexos (apartado VIII) y se establecen los medios para notificaciones (apartado IX).

A continuación, se añade la siguiente tabla de contenido para facilitar la lectura de este líbello introductorio.

Tabla de contenido

<i>I. Norma demandada</i>	3
<i>II. Partes del proceso</i>	4
<i>III. Competencia y cuantía</i>	5
<i>IV. Hechos</i>	5
<i>V. Pretensiones</i>	6
<i>VI. Cargo único de la demanda: infracción de las normas superiores del ordenamiento jurídico</i>	6
<i>A. Sobre la causal de nulidad simple de actos administrativos por infracción de las normas en que debía fundarse, contemplada en el artículo 137 del CPACA</i>	6
<i>B. Principio de precaución en materia ambiental en el ordenamiento colombiano</i>	8
<i>C. Defectos del Decreto 0044 de 2024 que atentan contra el ordenamiento jurídico superior</i>	12
<i>i. Cuestión preliminar: las órdenes de la sentencia del 4 de agosto de 2022</i>	12
<i>ii. Desconocimiento del principio de precaución, tal y como ha sido entendido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado</i>	16
<i>iii. La prohibición de concesión o renovación de licencias y permisos para proyectos que se encuentren en curso, prevista para la declaración de una reserva temporal es equivalente a una “moratoria minera” para la zona en que opere</i>	17
<i>iv. La duración prevista por el artículo 6° del Decreto 044 de 2024 para la declaración de una reserva temporal es equivalente a una “moratoria minera” para la zona en que opere</i>	20
<i>v. El Decreto 0044 de 2024 desconoce las exigencias que el legislador ha establecido para excluir zonas de la explotación minera</i>	23
<i>D. Conclusión del cargo único.</i>	25
<i>VII. Solicitud de medida cautelar</i>	26
<i>VIII. Anexos</i>	31
<i>IX. Notificaciones</i>	31

I. Norma demandada

La norma acusada corresponde al segundo inciso del artículo 3°; y al artículo 6° (parcial) del **Decreto 0044, del 30 de enero de 2024**, expedido conjuntamente por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Minas y Energía, publicado en el Diario Oficial No. 52.654 del 30 de enero de 2024.

A continuación, transcribimos el articulado de la norma que motiva la presente demanda: (...)

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. *El presente decreto tiene por objeto establecer criterios a partir de los cuales el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, bajo el principio de colaboración armónica con las entidades del sector minero energético, identificará, delimitará y declarará, mediante acto administrativo motivado, reservas de recursos naturales de carácter temporal, de conformidad con los fines del artículo 47 del Decreto Ley 2811 de 1974, como zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables y del ambiente, de manera que contribuyan al ordenamiento minero ambiental.*

Artículo 2°. Criterios para la Declaración de Reservas de Recursos Naturales. *Las reservas de recursos naturales de carácter temporal se identificarán, delimitarán y declararán con base en la información que aporten las autoridades ambientales y demás información oficial disponible, teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. Presencia de ecosistemas de importancia ambiental o valores de conservación y prestación de servicios ecosistémicos, considerando los instrumentos de ordenamiento ambiental del territorio u otras herramientas definidas por autoridades ambientales, así como estudios o información técnica de las entidades del SINA y demás entidades públicas.*
- 2. Presencia de áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales o que soportan la disponibilidad de agua para la seguridad alimentaria, con fundamento en el inventario realizado por las autoridades ambientales.*
- 3. Procesos de degradación que requieran acciones de restauración en sus diferentes enfoques, en procura de favorecer la integridad ecológica y mantener o recuperar los servicios ecosistémicos.*

Artículo 3°. Efectos. *La Reserva de Recursos Naturales de carácter temporal tendrá idénticos efectos a los establecidos en el Decreto número 1374 de 2013, de conformidad con dispuesto en el ordinal tercero, numerales 1.1.3 y 1.2.3 de la Sentencia del Consejo de Estado A.P 2013-02459, hasta que exista certeza sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades mineras en el área reservada.*

Durante la vigencia de la declaratoria de reserva temporal, las autoridades ambientales no podrán otorgar permisos o licencias ambientales para la exploración o explotación de minerales.

Parágrafo. *Lo anterior, sin perjuicio de autorizaciones temporales para el aprovechamiento de materiales pétreos (Ley 685 de 2001, artículo 116).*

Artículo 4°. Alcance de la declaratoria de reserva temporal. *A partir de la declaración de reservas de recursos naturales de carácter temporal, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las autoridades ambientales competentes, bajo el principio de colaboración armónica con las entidades del sector minero energético, deberán adelantar los estudios técnicos necesarios y los procesos correspondientes sobre las áreas susceptibles de ser declaradas como áreas protegidas u otras estrategias de conservación ambiental, bajo un enfoque participativo.*

Las áreas delimitadas podrán culminar con la restricción o exclusión definitiva de la minería, de conformidad con los artículos 34 y 35 de la Ley 685 de 2001 o aquellos que lo modifiquen o sustituyan.

Parágrafo. Dentro del término de vigencia de la declaratoria de reservas de recursos naturales de carácter temporal, en caso de que existan títulos mineros y/o contratos de concesión minera inmersos en cualquiera de las causales y/o formas de terminación establecidas en la Ley 685 del 2001 o los instrumentos mineros correspondientes, las autoridades competentes harán los requerimientos respectivos y tomarán las medidas a que haya lugar y orientarán, cuando así proceda, el cierre definitivo de las operaciones mineras. Lo anterior, una vez surtidos los trámites y procedimientos establecidos en los artículos 108 al 112 y 288 del Código de Minas.

Los programas de cierre definitivo se podrán orientar a la rehabilitación, la transición energética o productiva de uso sostenible, o cualquier otro de los fines previstos en el artículo 47 del Decreto Ley 2811 de 1974, para lo cual se coordinarán las autoridades competentes.

En todo caso, se deberá dar cumplimiento a las obligaciones ambientales pendientes y aquellas que surjan con ocasión de la destinación que se defina para las áreas respectivas, en los términos y condiciones que establezca la autoridad ambiental competente en el instrumento de manejo y control ambiental.

Artículo 5º. Incorporación y/o actualización en el Sistema Integral de Gestión Minera (SIGM). Una vez declarada y publicada el área de reserva de recursos naturales de carácter temporal, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible comunicará el acto administrativo a la autoridad minera, en un término no mayor a cinco (5) días, quien incorporará y/o actualizará el área en el Sistema Integral de Gestión Minera (SIGM), de conformidad con las Resoluciones números 504 de 2018 y 505 de 2019 de la Agencia Nacional de Minería o la norma que la modifique, adicione o complemente, de conformidad con los efectos señalados en el artículo tercero del presente decreto.

Parágrafo. Cumplida la vigencia de las reservas naturales de carácter temporal, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible comunicará oportunamente a la autoridad minera la prórroga de su vigencia o su terminación, para su actualización en el Sistema Integral de Gestión Minera (SIGM).

Artículo 6º. Vigencia de la reserva de carácter temporal. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en el acto administrativo que declare reservas de recursos naturales de carácter temporal, establecerá la vigencia de la declaratoria de manera motivada con una duración de hasta cinco (5) años, prorrogable por una única vez, de conformidad con las características y necesidades de cada área. Para el efecto, en coordinación con las autoridades competentes, adoptará un cronograma de trabajo en los términos y condiciones establecidos en la sentencia de la acción popular con Radicado 2013-02459-01, el cual será remitido al juez encargado de la verificación de su cumplimiento.

Artículo 7º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y no afectará la vigencia de las otras áreas de reserva de recursos naturales declaradas bajo el amparo del artículo 47 del Decreto Ley 2811 de 1974.

II. Partes del proceso

Demandante: William Bruce Mac Master Rojas.

Demandados: La Nación, Gobierno Nacional, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ministerio de Minas y Energía.

III. Competencia y cuantía

La competencia para el conocimiento de esta acción de nulidad es el Honorable Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena de esta Corporación. Específicamente, la Sección Primera es la competente para conocer de esta acción, ya que es la encargada de conocer, entre otros, las controversias en materia ambiental.

Por su parte, teniendo en cuenta que el Decreto 0044 de 2024 es un acto administrativo de carácter general, la acción de nulidad que aquí se presenta, carece de cuantía.

IV. Hechos

Primero. En Colombia, a través de la Ley 685 de 2001 se rediseñó el marco institucional del sector minero en Colombia. Allí el desarrollo de la minería formal y empresarial se concibió en cuatro etapas: 1) exploración, 2) construcción y montaje, 3) explotación y 4) cierre y abandono. En este marco y dado que el Estado es el propietario de los recursos minerales del subsuelo, las actividades formales de exploración y explotación de estos están generalmente a cargo de empresa mineras, las cuales se hallan comprometidas contractualmente (concesión minera) con el Estado para realizar las inversiones requeridas y para cumplir todas las reglamentaciones aplicables, entre otras las de naturaleza ambiental. Por su parte, los gobiernos reciben como contraprestación una participación económica; como lo es el pago de canon superficiario, informes formato básico minero, pago de regalías, entre otros. Todo lo anterior, como parte de la relación contractual.

Para el desarrollo de la minería se requieren grandes inversiones de largo plazo y los proyectos pueden llegar a tener un equilibrio hasta por 50 años, por lo que se requiere estabilidad contractual de lo pactado.

Segundo. Las autoridades ambientales y mineras pueden imponer obligaciones a los titulares mineros para el desarrollo de su actividad, cuya determinación inicial o posterior modificación deben responder a las precisas condiciones que el orden jurídico constitucional y legal han previsto, pues estas decisiones afectarán derechos e intereses particulares, los cuales también son garantizados en el orden constitucional colombiano.

Tercero. El Consejo de Estado emitió la sentencia 250002341000-2013-02459-01 del 4 de agosto de 2022, la cual contiene ordenes específicas para las entidades del Estado y al mismo tiempo contiene límites al alcance de lo que puede hacer el Gobierno en cuanto al desarrollo minero en la ejecución de la sentencia.

Cuarto. El 15 de julio de 2023, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (en adelante “MADS” o “El Ministerio”) presentó el proyecto de decreto y la memoria justificativa del Decreto “Por el cual se establecen criterios para declarar y delimitar reservas de recursos naturales de carácter temporal en el marco del ordenamiento minero ambiental y se dictan otras disposiciones.”

Quinto. Una vez concluido el plazo para recibir intervenciones, y a pesar de los múltiples comentarios de diferentes frentes, incluidos muchos provenientes de la sociedad civil, el 30 de

enero de 2024 se emitió el Decreto 0044 de 2024 por parte del Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente.

V. Pretensiones

Primero. Se **DECLARE** la **NULIDAD** del segundo inciso del artículo 3º; y el artículo 6º, ambos del Decreto 0044 de 2024, emitido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en argumentos de Derecho que se presentan a continuación.

VI. Cargo único de la demanda: infracción de las normas superiores del ordenamiento jurídico

Para darle desarrollo al presente cargo, se adoptará la siguiente metodología: (A) primero, se hará un repaso de la conceptualización que la jurisprudencia contenciosa le ha dado a la causal de nulidad invocada, relativa a la infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo que es debatido en su legalidad. (B) Luego, se explicará el correcto alcance del principio de precaución, el cual debe ser aplicado con observancia de los parámetros que ha establecido la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional. (C) Posteriormente, se identificará la conjuración del principio de precaución en la expedición del Decreto 0044 de 2024, evidenciando sumariamente las reglas jurisprudenciales que fueron desconocidas. (D) Teniendo en cuenta los literales introductorios previos, se explicarán las razones por las cuales, con la expedición del Decreto 0044 de 2024, se atentó contra el ordenamiento jurídico superior al desconocer el correcto alcance del principio de precaución, y atentando contra el marco normativo vigente. (E) Finalmente, se brindarán las conclusiones de este cargo, dejando ver la palmaria ilegalidad de la que adolece el decreto que ahora es demandado.

A. Sobre la causal de nulidad simple de actos administrativos por infracción de las normas en que debía fundarse, contemplada en el artículo 137 del CPACA

La jurisprudencia contencioso administrativa ha advertido reiteradamente que la causal de nulidad, concerniente a la expedición de actos administrativos de carácter general «con infracción de las normas en que deberían fundarse», consiste en la violación de normas superiores, lo cual se puede dar en tres escenarios diferentes. A saber:

- (i) Por su falta de aplicación, cuando se ignora la existencia de la norma, o porque a pesar de conocerla, no se aplica a la solución del caso;
- (ii) Por aplicación indebida, cuando el precepto que se hace valer se usa o aplica a pesar de no ser el pertinente para resolver el asunto o;

- (iii) Por interpretación errónea, cuando se le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde.¹

Este último escenario expuesto, se encuentra íntimamente relacionado con la causal de «falsa motivación» de los fundamentos de derecho del acto acusado, también contenida en el inciso 2º del artículo 137 del CPACA. Este mismo tribunal afirma que la causal de nulidad de falsa motivación se configura cuando la Administración desconoce los supuestos jurídicos que deben fundamentar la decisión administrativa, por alguno de los siguientes motivos: (i) por inexistencia de la norma invocada por la autoridad, (ii) por ausencia de relación entre la norma invocada por la entidad y los hechos objeto de su decisión y (iii) por errónea interpretación. Así las cosas, ambos caminos resultan legítimos para reprochar la legalidad del acto administrativo que presente este yerro adjudicable a la Administración.

Para dar sustento a este planteamiento, traemos a colación la sentencia en cita de 29 de julio de 2021 (25346)², en la que se expusieron las mencionadas consideraciones para dar solución a un caso análogo al que hoy nos convoca en materia de infracción de normas superiores y falsa motivación. En aquella oportunidad, el demandante cuestionó un acto administrativo proferido por la DIAN, el cual a su juicio, vulneraba normas relativas a los requisitos que rigen para la deducción de ciertos gastos. Para justificarlo sostuvo indistintamente para ambos cargos —infracción de normas superiores y falsa motivación— que la Administración realizó una incorrecta interpretación de las disposiciones normativas aplicables en los términos del artículo 137 del CPACA.

Al momento de estudiar el acto demandado, esta Corporación evidenció que el fundamento normativo aplicado por la autoridad no correspondía a la realidad de los hechos que dieron origen al acto, es decir, la motivación del acto administrativo se basó en una interpretación errónea. Evento que resulta directamente comparable con la situación del Decreto 0044 de 2024, en donde el Gobierno invocó erróneamente la aplicación del principio de precaución para justificar la expedición del mismo, a pesar de que este principio no era aplicable a los hechos que rodeaban el acto administrativo.

Por ende, es dable concluir que los caminos argumentativos de infracción de normas y de falsa motivación, son legítimos y eficaces para cuestionar la validez de un acto administrativo como el reprochado. Teniendo en cuenta lo anterior, se explicará en líneas posteriores, como la expedición irregular del Decreto 0044 de 2024 adolece de nulidad por infringir un listado de normas superiores por su falta de aplicación, por su aplicación indebida y por su interpretación errónea, bajo el pretexto de dar aplicación al principio de precaución contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 99 de 1993.

¹ *Cfr.* CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 29 de julio de 2021, con radicado número: 11001-03-27-000-2020-00017-00 (25346). C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Consid. 1. Trayendo a colación las sentencias con radicados números: 17001-23-33-000-2016-00265-01 y 0500123-31-000-2007-03305-01.

² *Ibid.*

B. Principio de precaución en materia ambiental en el ordenamiento colombiano

En este literal se abordará el principio de precaución y su aplicación en Colombia, destacando su origen en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y su incorporación en la legislación colombiana a través de la Ley 99 de 1993. Adicionalmente, se expondrán los criterios que la Corte Constitucional establece para darle aplicación, como la identificación del riesgo, su gravedad, la certeza científica, y la adopción de medidas proporcionales para mitigar el daño, enfatizando la necesidad de un equilibrio entre protección ambiental y viabilidad regulatoria.

El principio de precaución proviene del Principio 15 de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo* de 1992, según el cual:

PRINCIPIO 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

El principio de precaución fue consagrado en el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de 1993³:

ARTÍCULO 1o. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

(...)

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

El apartado subrayado fue declarado exequible mediante la sentencia C-293 de 2002⁴, donde la Corte revisó una demanda en la que se alegaba que permitirle a la autoridad ambiental la posibilidad de adoptar decisiones sin tener certeza científica absoluta implicaba la aplicación de criterios subjetivos, entre otros, en la aplicación de sanciones pues la relevaba de probar técnica y científicamente el problema. El problema jurídico planteado llevó a que la justicia constitucional analizara el principio de precaución en dos ámbitos: el internacional y en el derecho interno puesto que, «el principio de precaución corresponde al desarrollo del derecho internacional en materia ambiental y no puede ser objeto de una mera decisión interna»⁵.

³ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Ib., consid. 2.3 y 3.5. Como lo relata la Corte, el principio se originó en Alemania, en los setenta, «con el fin de precaver los efectos nocivos a la vida humana, de los productos químicos, cuyos daños sólo pueden ser visibles transcurridos 20 o 30 años. Es decir, que sobre tales efectos, hay dificultad para exigir una certeza científica absoluta».

Luego de hacer un recuento sobre el origen del principio en el orden internacional, y de resaltar la importancia cardinal de la internacionalización de las relaciones ecológicas, la Corte Constitucional estimó que:

[C]uando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:

- 1. Que exista peligro de daño;*
- 2. Que éste sea grave e irreversible;*
- 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;*
- 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.*
- 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.*

En este orden de ideas, los actos administrativos que adopte la autoridad ambiental fundados en el principio de precaución son de carácter excepcional y motivado⁶. Adicionalmente, la Corte precisó que, en virtud del artículo 95 constitucional, el deber de proteger el medio ambiente y adoptar medidas de precaución también recae en cabeza de los particulares⁷. Dicho esto, el principio de precaución en materia ambiental requiere que exista peligro de un daño grave e irreversible, donde exista un principio de certeza, lo que obliga a la autoridad ambiental adoptar medidas encaminadas a impedir la degradación del medio ambiente mediante un acto administrativo motivado. Pese a la enunciación de estos requisitos, en 2017, la Corte Constitucional, en sede de tutela, detalló el contenido y alcance del principio de precaución al definir (i) el riesgo de daño requerido para activar la protección del principio, (ii) el grado de certidumbre científica, (iii) el nivel de riesgo aceptado, (iv) las medidas a adoptar y (v) su temporalidad.

La sentencia T-236 de 2017⁸ estudió el caso de algunas comunidades afrodescendientes e indígenas de Nóvita, Chocó, que se habían visto afectadas por las aspersiones aéreas con glifosato, en el marco del programa de erradicación de cultivos ilícitos. Las comunidades alegaban que el líquido asperjado había generado daños al ambiente, al alimento, y las fuentes de agua. Después de visitar la zona de las aspersiones, la Defensoría del Pueblo evidenció que el herbicida tenía graves efectos en la salud que se manifestaban en brotes en la piel, un aumento de las enfermedades de carácter respiratorio, dermatológico y gastrointestinal que, en su criterio, eran causadas por las aspersiones. Asimismo, el Ministerio Público calificó de «muy alta» la probabilidad de afectaciones en la salud como efecto de la fumigación.

Después de estudiar lo relativo a la consulta previa, la Corte Constitucional se ocupó de la aplicación del principio constitucional de precaución en materia ambiental y de salud, a propósito de las políticas públicas que lo impacten o amenacen; toda vez que existía una discusión sobre los riesgos

⁶ Ib., consid. 4.1.

⁷ Ib., consid. 4.2.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-236 de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

del glifosato para la salud humana que todavía no contaba con consenso dentro de la comunidad científica. La Agencia Nacional de Licencias Ambientales, tomando como referencia la clasificación de la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer que clasificó al glifosato como posiblemente cancerígeno, ordenó la suspensión provisional del programa de erradicación. Al respecto, la Corte Constitucional advirtió que:

Teniendo en cuenta ese hallazgo, a primera vista podría considerarse que la solución de este caso es sencilla. En efecto, si existe una discusión sobre los riesgos del glifosato, tanto que hay debates científicos a nivel nacional e internacional, la actividad de aspersión debería prohibirse por precaución. Sin embargo, la Sala considera que ese no es el alcance del principio constitucional de precaución. Este principio requiere la consideración de varios factores relacionados no solo con la existencia de un riesgo, sino con el grado de certidumbre del mismo, su magnitud, la confiabilidad de la evidencia científica asociada, la respuesta regulatoria ya adoptada por las autoridades, el cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional. Para la Sala, el principio de precaución no equivale a una presunción iuris tantum de que la actividad es dañina y por lo tanto debe prohibirse. Este principio tiene una complejidad considerable, que debe ser tomada en cuenta al momento de aplicarlo a un caso concreto que, como el presente, tiene graves implicaciones no solo para la salud, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, sino también la seguridad nacional y la lucha contra las drogas ilícitas. (énfasis y subrayado propio)

Luego de una extensa recapitulación de los orígenes doctrinales y legales del principio de precaución, así como su distintas formulaciones en el derecho comparado de las cuales se destaca la regla de la precaución extrema —acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana—, según la cual se «acoge la posibilidad de prohibir judicialmente una determinada actividad humana tras una evaluación *motu proprio* de los riesgos que esta plantea»⁹. En aplicación de la regla mencionada, «la Corte ha exigido la cesación de actividades que pueden generar riesgos, como la colocación de antenas de telefonía móvil cerca a lugares donde residen niños, ancianos o personas enfermas»¹⁰. La regla de precaución extrema es la formulación más estricta del principio de precaución que, pese a ser la más favorable a la protección del medio ambiente «al exigir una respuesta regulatoria drástica frente a distintos riesgos existentes, en ciertos contextos puede resultar contraproducente para los valores constitucionales»¹¹. En este sentido, manifiesta la Corte que el entendimiento aislado y descontextualizado de la regla

[R]esultaría en que el Estado regule las actividades humanas hasta el punto de exigir a los particulares y las autoridades que sus actividades no generen ningún riesgo. Sin embargo una política de ‘cero riesgos’ es inviable. Toda actividad y toda sustancia usada en las distintas actividades, genera algún grado de riesgo, por lo cual la búsqueda de un riesgo cero por medio de la regulación podría terminar imponiendo costos desproporcionados a toda la sociedad. Además, la regulación para controlar un riesgo puede eventualmente generar riesgos de otra clase¹².

⁹ Ib., consid. 5.1.7.

¹⁰ Íd.

¹¹ Ib., consid. 5.1.7.2.

¹² Ib., consid. 5.1.7.3.

De ahí que la pregunta regulatoria no esté orientada a eliminar el riesgo sino a establecer el nivel que la sociedad está dispuesta a soportar en un determinado momento, respecto de cierta actividad¹³. Así pues, el principio de precaución no puede ser entendido como una regla de precaución extrema pues, ello conduciría a la paralización del Estado, interpretación —a todas luces— contraria a una Constitución abierta a los cambios y transformaciones políticas¹⁴. Entonces, considerando que una política ambiental de «cero riesgos es inviable», y que, el artículo 15 de la *Declaración de Rio* llama a que se adopten medidas eficaces en función de los costos, los jueces constitucionales deben tener en cuenta los siguientes criterios¹⁵:

- (i) Umbral de aplicación: Determinar a partir de la evidencia científica disponible, si el riesgo que se plantea es un riesgo significativo. Esto requiere una consideración simultánea del grado de probabilidad del daño y de la gravedad que el mismo tendría en caso de darse.
- (ii) Grado de certidumbre: El principio de precaución no puede aplicarse sin “evidencias básicas de un riesgo potencial”.¹⁶ No puede requerirse certeza sobre el nivel de riesgo, debe existir evidencia objetiva del mismo. La evidencia objetiva es aquella que está respaldada en estudios o experimentos replicables, basados en la metodología aceptada por la comunidad científica y validados por al menos alguna parte de la comunidad.
- (iii) Nivel de riesgo aceptado: Si se llega a la conclusión de que hay un riesgo significativo contra la salud humana respaldado por evidencia objetiva, deberá proceder a determinar si en todo caso dicho riesgo es igual o menor al nivel de riesgo aceptado en Colombia. En este debe determinarse si existe regulación en relación con este riesgo específico y determinar la razonabilidad de la misma. Si la regulación existe y es razonable, se debe deferir por esa regulación. Así, si el nivel de riesgo que se genera por una actividad humana es aceptado por una regulación que se considera constitucionalmente razonable, no procede aplicar el principio de precaución en sede judicial. Ahora bien, si la regulación no existe o, existiendo no es razonable o de alguna manera no cumple con los parámetros constitucionales, se deberá fijar autónomamente el nivel de riesgo aceptado.
- (iv) Medidas a adoptar: La necesidad de actuar, detectada por la superación del nivel de riesgo permitido, no implica necesariamente la prohibición de la actividad humana.
- (v) Temporalidad de las medidas: Finalmente, el juez constitucional deberá indicar el plazo o condición bajo las cuales cesan las medidas. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando se hayan realizado las investigaciones pertinentes. En casos especialmente graves la condición puede ser una autorización por el mismo juez de tutela como parte del procedimiento de cumplimiento de la sentencia.

En el caso de la aspersión aérea con glifosato, la Corte Constitucional encontró que las autoridades administrativas no habían adoptado medidas suficientes de protección contra el riesgo de las aspersiones aéreas y terrestres con glifosato. Esto se debía a que los riesgos significativos que generaba la sustancia en la salud humana no habían sido regulados razonablemente por parte de las autoridades encargadas. Aquí hay que anotar que la evaluación de la evidencia objetiva de

¹³ Íd.

¹⁴ Ib., consid. 5.1.8.

¹⁵ Cfr. Ib., consid. 5.3.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-988 de 2004. M.P. Humberto Sierra Porto.

riesgo significativo no se reduce a la verificación de estándares regulatorios de origen oficial, sino que se extienden a evaluaciones realizadas por autoridades internacionales y extranjeras, y estudios académicos independientes sobre la materia. Con posterioridad al análisis de la significatividad del riesgo, la Corte procede a analizar la regulación existente sobre la materia.

En el análisis de razonabilidad y aplicación del principio de precaución, la Corte Constitucional señaló que:

[E]l principio de precaución exige a las autoridades competentes fijar el nivel de riesgo aceptado, y en este ejercicio deben fijar un nivel de riesgo constitucionalmente aceptable. Muy pocas actividades humanas plantean cero riesgos. Por lo tanto, corresponde a las autoridades establecer qué riesgos se van a tolerar y cuáles no. En esta determinación confluyen aspectos científicos pero también juicios de valor sobre la importancia relativa de ciertos bienes e intereses frente a otros. Por ese motivo, los jueces deben primero revisar si las autoridades competentes han fijado adecuadamente el nivel riesgo aceptado, antes de realizar este ejercicio de manera autónoma¹⁷.

En el caso del programa de erradicación de cultivos con glifosato, aunque sí existía regulación que fijara el nivel de riesgos aceptados, éste era irrazonablemente bajo, o, en otras palabras, toleraba demasiados riesgos a la salud, lo que atentaba contra los deberes de respeto y protección del derecho fundamental a la salud.

En síntesis, el principio de precaución, originado en el Principio 15 de la Declaración de Río de 1992 y adoptado en Colombia a través de la Ley 99 de 1993, establece que cuando exista peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de certeza científica no debe ser excusa para postergar la adopción de medidas efectivas y proporcionales para evitar la degradación ambiental. La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que las autoridades deben tomar decisiones motivadas y no arbitrarias, verificando la existencia de un peligro significativo, su gravedad, y un grado de certeza científica razonable. Este principio no demanda la eliminación total de riesgos, sino la determinación de un nivel de riesgo aceptable basado en evidencia científica objetiva. La aplicación del principio implica la adopción de medidas reguladoras que equilibren la protección ambiental con la viabilidad regulatoria, evitando una política de “cero riesgos” que resulte inviable.

Tomando en cuenta esta explicación sumaria del principio de precaución, su alcance y desarrollos jurisprudenciales en materia ambiental, se pasará a explicar, como con la expedición del Decreto 0044 de 2024, el Ejecutivo vulneró normas superiores, principalmente el artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993.

C. Defectos del Decreto 0044 de 2024 que atentan contra el ordenamiento jurídico superior

i. Cuestión preliminar: las órdenes de la sentencia del 4 de agosto de 2022

De conformidad con la sentencia 250002341000-2013-02459-01 del Consejo de Estado, del 04 de agosto de 2022, antes de dar cumplimiento a la parte resolutive 1.1.3 de la sentencia, debía

¹⁷ Ib., consid. 5.4.2.9.

cumplirse con la elaboración de los documentos previstos en los numerales 1.1.1 (identificación de áreas del SINAP) y 1.1.2 (identificación de las áreas de conservación *in situ*). Es por lo anterior que el Decreto 0044 de 2024, al intentar en su articulado dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del Consejo de Estado pasando por alto las órdenes pre requeridas, terminó por desacatar la sentencia.

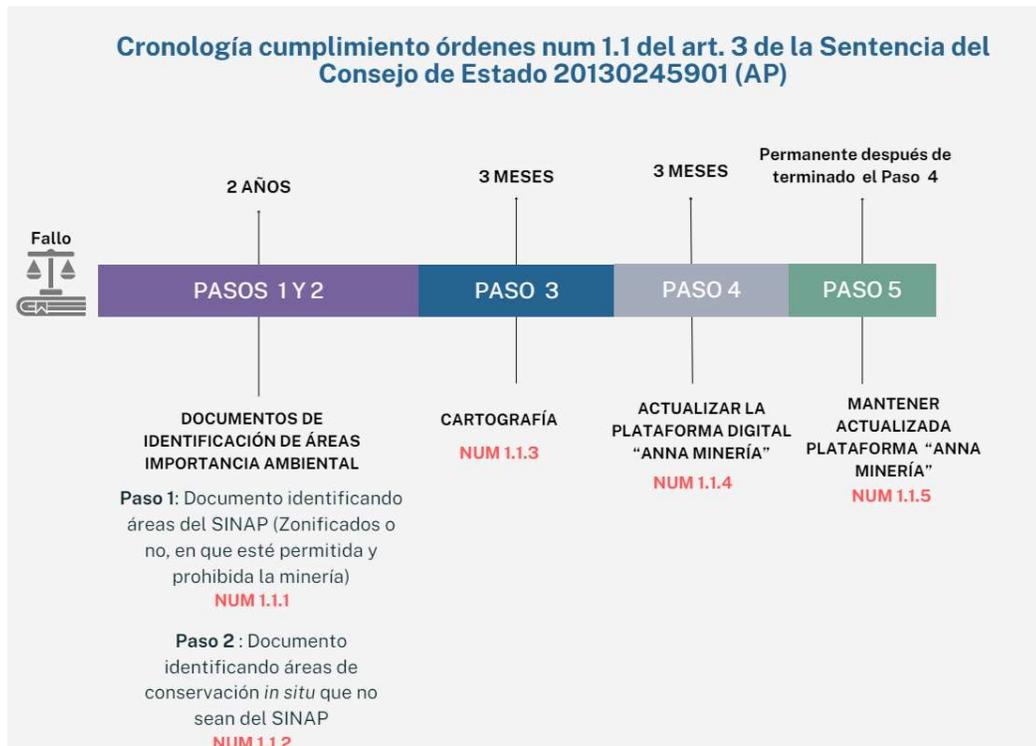
Para comprender lo anterior, es necesario tener presente que, según el mismo Consejo de Estado, las órdenes contenidas en la mencionada Sentencia están dadas por componentes o ejes temáticos. A su vez, las órdenes que hacen parte de un mismo eje se previeron de forma secuencial, es decir, el *momentum* en que debe iniciar el plazo de ejecución, está condicionado a que las órdenes previas se hubieren cumplido.

Ilustración 1. Componentes de las órdenes de la sentencia 20130245901 del Consejo de Estado.



En este sentido, el numeral 1.1.3 de la parte resolutive de la Sentencia es una orden derivada del eje o componente II.5.5.1 del fallo (Acciones de ordenamiento minero-ambiental para las nuevas solicitudes de titulación). De esta manera, si el MADS desea ejecutar el punto 1.1.3 mediante el Decreto 0044 de 2024 para elaborar y adoptar la cartografía de áreas de protección, las autoridades deben ejecutar los pasos 1 y 2 sobre elaboración de documentos de identificación de las áreas SINAP y de conservación *in situ*. Este eje comprende, a su vez, 5 órdenes *secuenciales* que están contenidas en el numeral 1.1. del artículo 3°, específicamente en los numerales 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4 y 1.1.5, los cuales se resumen ilustrativamente así:

Ilustración 2. Cronología del cumplimiento de órdenes del numeral 1.1 del artículo 3 de La Sentencia del Consejo de Estado. (Fuente: elaboración propia).



Este carácter secuencial de las órdenes de la sentencia del Consejo de Estado se deja ver, no solo por la lectura acuciosa de la providencia, sino por la orden expresa que ella misma da al establecer que “*con fundamento en los documentos mencionados en los dos numerales anteriores, elaborará y adoptará, mediante acto administrativo, la cartografía*”. Es decir, el fallo establece expresamente que el cumplimiento de las obligaciones descritas en los numerales 1.1.1. y 1.1.2. deben cumplirse con anterioridad (obran como condición habilitante de) al desarrollo de la orden 1.1.3., en la que supuestamente se basa la expedición del decreto 0044. Así versa el completo resuelve 1.1.3:

“1.1.3. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con fundamento en los documentos mencionados en los dos numerales anteriores, en el término de tres (3) meses, contados a partir de la presentación de estos documentos, elaborará y adoptará, mediante acto administrativo, la cartografía de las áreas de protección, haciendo uso de la figura prevista en el artículo 47 del CNRNR y en el Decreto 1374 de 2013, a efectos de prohibir en tales áreas el desarrollo de todo tipo de actividad minera, hasta que exista certeza sobre la compatibilidad de esa labor con la zonificación de cada territorio protegido”

Además, en el mismo numeral 1.1.3 se estableció que el plazo para cumplir esta orden es de tres (3) meses contados a partir de la fecha en que se culmine la expedición de los documentos mencionados en los numerales 1.1.1 y 1.1.2, para los cuales hay un plazo de cumplimiento de 2 años, que vencen a finales del año 2024. Es decir que los Ministerios no se enfocaron en cumplir las órdenes 1.1.1 y 1.1.2 que dan un insumo técnico a una determinación administrativa que afectaba derechos de particulares y para las que aún tienen plazo, sino que en su lugar se enfocaron en la acción restrictiva -reiteramos, sin el fundamento técnico que la sentencia consideró el

adecuado-, esto es emitir la norma según la cual se avalaría la prohibición de la actividad minera en determinadas zonas, cuyo fundamento, se insiste, es una incógnita, pues se carece de los estudios a partir de los cuales se pueda hacer una delimitación basada en los criterios que el Consejo de Estado encontró razonables, y sin los cuales se estaría ante una decisión arbitraria, en tanto carece de fundamento.

Por esta razón resulta incontrovertible que al expedir el Decreto 0044 de 2024 el Ministerio no está cumpliendo la orden de la sentencia de 04 de agosto de 2022¹⁸, pues la misma estaba condicionada a -tiene como presupuesto- que se elaboren estudios técnicos en los cuales se puedan soportar las medidas restrictivas que deben adoptarse, para de esta forma dotarlas del sustento adecuado que permita, en principio, presumir su razonabilidad y su proporcionalidad de cara al conjunto de intereses que afectan. Reiteramos, el Ministerio optó por generar el fundamento para expedir medidas restrictivas, antes que emprender el trabajo de conocer adecuada y suficientemente el contexto en que se debían aplicar las restricciones; en otras palabras, evitó realizar la tarea difícil -el estudio técnico- y se limitó a hacer aquella que demanda menos esfuerzo administrativo: expedir el decreto con el cual restringir derechos -sin un fundamento que permita contrastar la razonabilidad de sus decisiones-.

En este sentido desconoce las órdenes de la sentencia que son presupuesto a la expedición de un decreto que determina las bases para decretar zonas de reserva temporal de recursos renovables.

Podría argumentarse que, en todo caso, el Gobierno tiene la facultad reglamentaria asignada por la Constitución, y que no necesita una sentencia para ejercerla. Este contrargumento tiene, por lo menos, dos razones que determinan su derrotabilidad:

1. Todo el fundamento expuesto en su parte considerativa se basa en que se está dando cumplimiento a la tantas veces mencionada sentencia de 04 de agosto de 2022 de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁹, de manera que decir que no necesita la sentencia convertiría la parte considerativa en una argumentación falaz, configurando la causal de falsa motivación;
2. No existe un poder arbitrario por parte de la administración. Exista sentencia o no, la restricción de derechos o la imposición de cargas a los administrados debe superar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La sentencia lo único que hace es determinar cuál es la lectura del juez de la acción popular -acción constitucional- respecto de dichos principios, que en todo caso deben respetarse en un Estado social de derecho. De manera que en ningún caso el Gobierno está autorizado a desconocer parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, cuyo cumplimiento no se ha presentado en este caso.

Siendo este el contexto en que debe evaluarse el Decreto 044 de 2024, pasa a exponerse cómo la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la medida se concreta en disposiciones específicas del texto normativo.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 04 de agosto de 2022 con radicado No. 25000234100020130245901. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

¹⁹ Ibid.

ii. Desconocimiento del principio de precaución, tal y como ha sido entendido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

En este punto no queremos reiterar lo ya mencionado en el numeral dedicado al desarrollo jurisprudencial del principio de precaución. Nos limitaremos a exponer las razones por las cuales el mismo se entiende vulnerado con la expedición del Decreto 044 de 2024. Baste ahora recordar que para la aplicación de este principio, contemplado en el numeral 6º del artículo primero de la Ley 99 de 1993, la Corte Constitucional en su jurisprudencia más reciente, a través de la Sentencia C-300 de 2021 reiteró las condiciones y límites expuestos en el literal B.²⁰ del presente cargo, en donde consideró:

Para la Corte, el principio de precaución no equivale a una presunción iuris tantum de que la actividad es dañina y, por lo tanto, debe prohibirse. Por el contrario, la aplicación del principio de precaución exige considerar, por lo menos, los siguientes factores: (i) la existencia de un riesgo; (ii) el grado de certeza al respecto y la confiabilidad de la evidencia científica asociada; (iii) su magnitud; (iv) la respuesta regulatoria ya adoptada por las autoridades; y, (v) el cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional.

Se resalta ahora lo curioso que resulta que el Decreto 044 en su parte considerativa al mencionar este principio únicamente cite la sentencia de constitucionalidad C-293 de 2002, haciendo caso omiso de la línea jurisprudencial que ha desarrollado, especificado y detallado las exigencias que la toma de decisiones basadas en el principio de precaución ha tenido a lo largo de más de 20 años a partir de las decisiones del año 2002²¹. Y esto no resulta superfluo en tanto, se reitera, existen aspectos que, a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional, ha debido tener en cuenta una regulación que en 2024 regule los fundamentos de futuras restricciones basadas en el principio de precaución. En este sentido, el Decreto 044 de 2024:

- i. No exige que para crear una reserva temporal de recursos naturales renovables sea necesario identificar objetivamente la existencia de un riesgo, ya que no se requiere respaldo científico ni técnico para fundar esta decisión —solo la información oficial existente (artículo 2º)—, lo que no asegura que antes de declarar una reserva temporal se identifique la magnitud del riesgo —requisito *sine qua non* de acuerdo con la jurisprudencia constitucional—;
- ii. No hace preceptivo indagar si existe una respuesta regulatoria actual, y mucho menos que se determine porqué esta pueda resultar insuficiente -única situación que, a la luz de las subreglas jurisprudenciales aplicables, justificaría la urgencia de su actuación-;
- iii. No exige que, previa a la declaratoria de reserva temporal de recursos naturales renovables, se evalúe el acatamiento satisfactorio de las regulaciones existentes, para

²⁰ 1. La existencia de un riesgo (peligro de daño); 2. El grado de certeza al respecto y la confiabilidad de la evidencia científica asociada; 3. Su magnitud (grave e irreversible); 4. La respuesta regulatoria ya adoptada por las autoridades; 5. El cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional.

²¹ Salvo la simple mención de sentencias meramente enunciativas (v.g. T-204/14) del principio de precaución en las que no se estudia su alcance, sus derroteros y evolución jurisprudencial.

determinar si, más que una necesidad de crear una nueva restricción, debe buscarse el adecuado y riguroso cumplimiento de la regulación existente.

Por el contrario, el Decreto 044 de 2024 realiza una presunción *iuris tantum* al momento de invocar el principio de precaución, concluyendo que la actividad minera es dañina y, por lo tanto, debe prohibirse, contraviniendo los desarrollos constitucionales; y esto es lo que sustenta la inevitable declaratoria de ilegalidad del decreto atacado.

En este sentido, amparándose en la aplicación del principio de precaución, soslaya, ignora e infringe varias disposiciones superiores de los regímenes minero y ambiental en aspectos concretos de su normativa, que es precisamente la forma en que se concreta la desproporción e irrazonabilidad de la regulación expedida, como pasa a demostrarse.

iii. La prohibición de concesión o renovación de licencias y permisos para proyectos que se encuentren en curso, prevista para la declaración de una reserva temporal es equivalente a una “moratoria minera” para la zona en que opere

Este es uno de los *novedosos efectos* de las zonas de reserva, tal cual son previstas por el Decreto 044 de 2024, el cual desatendiendo la orden judicial impartida al Ministerio, se aleja de cualquier idea de razonabilidad y proporcionalidad en la respuesta que se da a la problemática que se busca revertir. El segundo inciso del artículo 3 del decreto consagra:

Artículo 3º. Efectos. La Reserva de Recursos Naturales de carácter temporal tendrá idénticos efectos a los establecidos en el Decreto número 1374 de 2013, de conformidad con dispuesto en el ordinal tercero, numéales 1.1.3 y 1.2.3 de la Sentencia del Consejo de Estado A.P 2013-02459, hasta que exista certeza sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades mineras en el área reservada.

Durante la vigencia de la declaratoria de reserva temporal, las autoridades ambientales no podrán otorgar permisos o licencias ambientales para la exploración o explotación de minerales. (énfasis y subrayado propio)

Como queda claro de la lectura sistemática y razonable de la sentencia del Consejo de Estado, la declaración de una zona de reserva es un instrumento que debe contribuir a la planeación de la política ambiental. Esta, en conjunto con otras herramientas, siempre siguiendo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, resulta una manifestación del principio de precaución, en tanto que, con base en fundamentos técnicos, permite salvaguardar un área mientras que se determina de forma definitiva si dicha área que debe ser excluida de la actividad minera en los términos del artículo 34 del actual Código de Minas. Y esos son los alcances que el Decreto 1374 de 2013 tiene, en cuanto limita las concesiones de nuevos títulos mineros o la celebración de nuevos contratos de concesión; nunca fue pensado como instrumento que paralizara los proyectos mineros en curso una vez declarada una zona de reserva temporal.

Y ese, precisamente, es el efecto *novedoso* de las reservas temporales tal y como están previstas en el Decreto 044 de 2024, pues no solo afectan los títulos y contratos de concesión futuros, sino que en la práctica implica la parálisis de los que están en curso, pues *ahora* una zona de reserva impide que las autoridades de cualquier nivel otorguen licencias o permisos para la exploración o explotación minera dentro del territorio reservado. Esto significa que para proyectos

en curso se impide la renovación de las licencias ambientales, o la expedición o renovación de cualquiera de los permisos que son inescindibles de la actividad minera, como son el permiso de ocupación del cauce de una corriente o depósito de agua; el permiso de Concesión de Aguas Subterráneas; el permiso Concesión de Aguas Superficiales; el permiso de Emisiones Atmosféricas para Fuentes Fijas; el permiso de Estudio con Fines de Investigación Científica en Diversidad Biológica; el permiso de Prospección y Exploración de Aguas Subterráneas; el permiso de Vertimiento de Aguas Residuales; el permiso o Autorización de Aprovechamiento Forestal de Árboles Aislados, y de clase Persistente o Único de Bosques Naturales; el permiso de Proveedor de Elementos de Marcaje del Sistema Nacional de Identificación y Registro para Especímenes de la Fauna Silvestre; entre otros. Su concesión queda prohibida para las autoridades con jurisdicción en el territorio en que sea declarada una zona de reserva, por lo que tan pronto se requiera la renovación de alguno de dichos permisos o de la licencia ambiental, y en tanto las autoridades están imposibilitadas para concederlos, el proyecto minero queda imposibilitado para continuar actividades en dicha jurisdicción.

A todas luces, este es un efecto que desborda los alcances del principio de precaución, por cuanto no atiende la proporcionalidad que se espera tengan las acciones que lo concreten.

Debe llamarse la atención respecto de un aspecto que puede llevar a confusión: no pretende ahora defenderse la idea de derechos adquiridos en materia de actividades que puedan afectar el medio ambiente. No se está diciendo que un título minero o un contrato de concesión genera una situación inamovible y consolidada, que nunca puede ser afectada. Esa visión extrema y, sobre todo, contraria a la lectura constitucional de principio de desarrollo sostenible y de protección al medio ambiente no es la que ahora sustenta nuestro alegato.

Se llama la atención respecto del total desconocimiento de los criterios que deben tomarse en cuenta cuando se aplica el principio de precaución, por cuanto el Decreto 044 de 2024 los ignora por completo. Se hace referencia a la necesidad, resaltada por la jurisprudencia constitucional, de valorar la regulación existente, determinar en qué medida protege los intereses en juego y establecer con precisión el riesgo que de ella se deriva; así mismo, de valorar los intereses legítimos que puedan verse afectados por una medida que busque proteger el medio ambiente -sobre todo cuanto los intereses afectados también representan un interés general-, para determinar el impacto y evitar que este sea desproporcionado, en tanto no atienda las exigencias de la jurisprudencia constitucional.

La absoluta prohibición de concesión de licencias y permisos por parte de las autoridades en aquellas zonas que son objeto de reserva temporal vulnera esos precisos contenidos constitucionales, por cuanto excede la valoración de proporcionalidad que realizó el juez de la acción popular, y en busca de un *nivel de riesgo cero* anula la posibilidad de realizar una labor no solo lícita, sino regulada en términos distintos por parte de los artículos 34 y 36 del código de minas.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la prohibición de licencias y permisos no estaba contenida en el anterior Decreto 1374 de 2013, respecto del cual la prohibición recaía tan solo en los nuevos títulos. En este sentido, lo que se muestra es que los efectos del Decreto 0044 van más allá de lo ordenado y se afecta incluso a los títulos existentes, además de contrariar la sentencia del Consejo de Estado que —como ya se ha advertido— no pretende tener incidencias en los títulos mineros vigentes. En el siguiente cuadro se han identificado estas diferencias:

Tabla 1. Cuadro comparativo entre el Decreto 1374/2013 y el Decreto 0044/2024.

D. 1374/13	D.0044/24	DIFERENCIAS
<p>Artículo 1º. Identificación de reservas de recursos naturales de manera temporal. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con fundamento en estudios disponibles, señalará mediante acto administrativo debidamente motivado y dentro del mes siguiente a la expedición del presente decreto, las áreas que se reservarán temporalmente; las cuales podrán culminar con la declaración definitiva de áreas excluibles de la minería, según lo determinan el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 y la Ley 1450 de 2011.</p> <p>La autoridad minera no podrá otorgar nuevos títulos respecto de estas reservas temporales.</p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 3º. Efectos. La Reserva de Recursos Naturales de carácter temporal tendrá idénticos efectos a los establecidos en el Decreto número 1374 de 2013, de conformidad con dispuesto en el ordinal tercero, numerales 1.1.3 y 1.2.3 de la Sentencia del Consejo de Estado A.P 2013-02459, hasta que exista certeza sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades mineras en el área reservada.</p> <p>Durante la vigencia de la declaratoria de reserva temporal, las autoridades ambientales no podrán otorgar permisos o licencias ambientales para la exploración o explotación de minerales.</p>	<p>El Decreto 1374 solo limita el otorgamiento de nuevos títulos mineros.</p> <p>En cambio, el Decreto 0044 impide, además, que se otorguen permisos o licencias ambientales, lo cual afecta a los títulos mineros ya otorgados, y constituye una ampliación del alcance del D. 1374.</p> <p>En este sentido, se puede observar que <u>no</u> es cierto que dicha restricción ya existiera en el ordenamiento colombiano.</p>

En conclusión, el Decreto 044 de 2024 se presenta como una medida que desborda los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia constitucional al implementar una prohibición total de concesión de licencias y permisos en zonas de reserva temporal. Esta disposición no solo ignora las directrices del principio de precaución, sino que también va más allá de los alcances del Decreto 1374 de 2013, afectando de manera desproporcionada los proyectos mineros en curso y variando injustificadamente las condiciones jurídicas de actividades mineras que están en desarrollo. Tal desconocimiento de los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia justifica la nulidad del segundo inciso del artículo 3º del Decreto 044 de 2024, por exceder los efectos que originalmente se contemplaban en la normativa previa; y desconocer el presupuesto establecido por la sentencia del Consejo de Estado.

iv. La duración prevista por el artículo 6° del Decreto 044 de 2024 para la declaración de una reserva temporal es equivalente a una “moratoria minera” para la zona en que opere

Como se expuso, todo parte de la obligación incumplida por parte del Ministerio de Medio Ambiente como organismo rector del SINAP consistente en que, durante los dos (2) años siguientes a la expedición de la sentencia, debía realizar los estudios que le permitieran determinar los ecosistemas existentes en el SINAP, así como las áreas de conservación *in situ* que no pertenecen al SINAP, para con base en dichos estudios elaborara la cartografía que condujera a saber —con la precisión que aportan dichos fundamentos técnicos— si era necesario declarar la reserva temporal de recursos naturales, que en los precisos y muy específicos términos de la sentencia debía llevarse a cabo “*haciendo uso de la figura prevista en el artículo 47 del CNRNR y en el Decreto 1374 de 2013, a efectos de prohibir en tales áreas el desarrollo de todo tipo de actividad minera*”.

Esta orden se copia de forma textual de la parte motiva en que se explica su justificación, y que por tanto constituye la *ratio decidendi* para estos efectos, y cuyo título es “II.5.5.1. Acciones de ordenamiento minero-ambiental para las nuevas solicitudes de titulación”, situación que resulta relevante pues permite entender en contexto, y no de forma aislada, la orden proferida por la sentencia en que dice tener fundamento el Decreto 044 de 2024. En efecto, el Consejo de Estado concluyó sobre la necesidad de replantear la manera en que se están concediendo los títulos mineros y en que se celebran los nuevos contratos de concesión, y sobre dicho proceso previó una serie de ajustes para evitar que se siguiera presentando una desprotección de los derechos al ambiente sano y al desarrollo sostenible de los sistemas y áreas en que se desarrolla la actividad minera. Así, el mecanismo de protección que el juez encontró acorde con las exigencias propias del principio de precaución fue la reserva temporal tal y como está prevista en el Decreto 1374 de 2013. Para los aspectos que importan a este numeral debe recordarse con total claridad que:

- i. Impedían que se concedieran nuevos títulos mineros o se celebrasen nuevos contratos de concesión minera;
- ii. Por un término de un año, prorrogable por otro más.

Nuevamente, cobra especial importancia el apartado de este escrito de demanda en que se recapitulan las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha previsto para el principio de precaución, y que son mencionadas en la sentencia del Consejo de Estado, por cuanto las mismas fueron previstas como un mecanismo razonable y proporcional para solucionar provisionalmente el problema que constituía la eventual vulneración de los derechos colectivos.

Sin duda alguna, el carácter razonable y proporcional de la solución que buscó dar el Consejo de Estado excluyó la posibilidad de decretar una moratoria minera, que suspendiera de manera total e inconsulta la exploración y explotación minera en el territorio colombiano. De hecho, la sentencia de la acción popular excluye expresamente esta posibilidad. Por el contrario, entendió que la coordinación y la articulación entre las entidades que hacen parte del SINA debe ser el camino que conduzca a solucionar la vulneración existente, sin generar perjuicios a una actividad que se encuentra reglada, que tiene numerosísimos controles, en la cual se aplica de forma estricta el principio de prevención y que, no debe olvidarse, genera cuantiosos beneficios económicos que repercuten en bienestar social, tal y como lo reconoce la sentencia.

Y esto es, precisamente, aquello en lo que el artículo 6° del Decreto 044 de 2024 contraría mandatos normativos en que deben basarse. La declaración de reserva temporal de recursos naturales tiene muy poco de temporal si tomamos en cuenta el ciclo de realización de un proyecto minero, por cuanto establece que la reserva tendrá lugar por cinco (5) años, prorrogables por un término igual. Una amenaza de suspensión por este término implicará la parálisis de la actividad minera en aquellas zonas del país en que se declare una zona de reserva temporal, por lo que el término por el cual está prevista la declaratoria de reserva:

- i. No atiende la necesidad de proteger el desarrollo y realización sostenible de una actividad legal que representa cuantiosos beneficios en los ingresos estatales;
- ii. Resulta claramente desproporcionado de cara al fin que busca cumplir, pues ignora lo previsto por el decreto 1374 de 2013 -tomada esta normatividad como estándar proporcionado y razonable, en los términos de la sentencia del Consejo de Estado-, que establece un espacio de tiempo totalmente diferente para la suspensión temporal de actividades.

El siguiente cuadro comparativo ilustra en mejor forma lo anteriormente dicho:

D. 1374/13	D.0044/24	DIFERENCIAS
<p>Artículo 2°. Vigencia de las reservas de recursos naturales de manera temporal. El término de duración de las reservas de recursos naturales de manera temporal será de un (1) año contado a partir de la ejecutoria del correspondiente acto administrativo que las establezca.</p> <p>Parágrafo. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la colaboración del Ministerio de Minas y Energía y con fundamento en los resultados y estado de avance de los procesos de delimitación y declaración definitivos, podrá prorrogar hasta por año (1) el término anteriormente señalado.</p>	<p>Artículo 6°. Vigencia de la reserva de carácter temporal. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en el acto administrativo que declare reservas de recursos naturales de carácter temporal, establecerá la vigencia de la declaratoria de manera motivada con una duración de hasta cinco (5) años, prorrogable por una única vez, de conformidad con las características y necesidades de cada área. Para el efecto, en coordinación con las autoridades competentes, adoptará un cronograma de trabajo en los términos y condiciones establecidos en la sentencia de la acción popular con Radicado 2013-02459-01, el cual será remitido al juez encargado de la verificación de su cumplimiento.</p>	<p>La vigencia de la declaratoria de una reserva temporal en virtud del Decreto 0044, quintuplica el plazo previsto en el 1374.</p> <p>Adicionalmente, que el Decreto 0044 permita establecer una reserva temporal hasta por una década, desdibuja el concepto de “temporal” y, por sobre todo, hace prácticamente inviable el desarrollo de un proyecto minero.</p>

Asimismo, consideramos relevante recordar que, la misma Sentencia del Consejo de Estado proscribió cualquier actuación de las entidades que tuviera como efecto la moratoria minera o la parálisis de las actividades de este sector productivo. Al respecto la Sentencia señaló:

“1321. Además, como bien lo explicó la directora del Departamento de Geociencias de la Universidad Nacional Luz Amalia Ordoñez, «los estados de moratoria, en general, siendo de carácter indefinido o no, no son eficaces para la solución de problemas específicos, su impacto no resuelve, sino que aplaza el problema, por lo tanto, han definirse criterios atendiendo no sólo las condiciones espaciales sino el tipo de mina, su potencial de reserva, condiciones bióticas y ante todo poblaciones circundantes en las áreas prospectivas».

(...)

1325. Ambas medidas implican la suspensión permanente de la minería en Colombia y sobre ese punto, esta Sección ha sido enfática al sostener que no es posible frenar el desarrollo cuando este «lleve al crecimiento económico, al mejoramiento de la calidad de vida y al bienestar social sin agotar los recursos, ni deteriorar el ambiente», porque además la estrategia de sostenibilidad prevista por el constituyente no es puramente conservacionista. Es decir que las medidas de restablecimiento tendrían que buscar precisamente la sostenibilidad del desarrollo minero, sin impedir injustificadamente su crecimiento”. (subrayado propio)

Ahora bien, sobre esto último cabe destacar que el Consejo de Estado en la Sentencia había advertido que las restricciones sobre títulos mineros existentes podrían generar daños antijurídicos a los titulares mineros y aumento de litigiosidad contra el Estado. Avizorando tal situación hizo un llamado a prevenir el daño antijurídico y expresamente señaló:

“1041. Las autoridades competentes deben evaluar cuáles situaciones jurídicas se consolidaron en materia ambiental e identificar qué estrategias deben adoptarse en el evento en que resulte necesaria la modificación o revocatoria de tales permisos, en el marco de un proceso participativo, proporcional, razonable e incluyente. Todo ello respetando los postulados del Código de Minas, la legislación ambiental y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre protección prevalente en ecosistemas de páramos y parques naturales.

1042. Desde esta perspectiva, y con apoyo en la función de advertencia de la CGR, la Sala hace un llamado a la prevención del daño antijurídico, teniendo en cuenta el incremento litigioso de esta tipología de debates en nuestra jurisdicción y en la jurisdicción arbitral, para que los ministerios demandados se anticipen a la ocurrencia de las demandas, y definan las mejores estrategias administrativas tendientes a solventar los riesgos que debieron prevenir y mitigar desde hace 19 años”. (subrayado propio)

Se muestra de todo lo anterior que el Alto Tribunal está convencido de que las órdenes de la sentencia no podían generar una parálisis del sector minero, ni aumentar de forma inconsulta el riesgo en la generación de daños antijurídicos a los titulares mineros, por lo que distribuyó las órdenes en varios bloques o componentes, teniendo especial cuidado en especificar que las posibles declaratorias de reservas temporales solo aplicarían a nuevas solicitudes de titulaciones mineras, por el término previsto en el Decreto 1374 de 2013, esto es un año, prorrogable por otro término de igual duración. Duración que resulta esencial al sentido normativo que surge de la sentencia, por cuanto es un término que no encubre una prohibición absoluta de la actividad minera en sentido material, en tanto, se reitera, la amenaza de una declaratoria de reserva que dure cinco (5) años, los cuales pueden ser prorrogables por otros cinco (5), implica un grado tal de incertidumbre que en la práctica hace inviable cualquier tipo de inversión en materia minera.

Esta consecuencia resulta a todas luces excesiva desde el punto de vista de la proporcionalidad o razonabilidad de las cargas que legítimamente debe soportar quien realice una actividad legal,

sumamente regulada y para cuyo ejercicio, en virtud del principio de prevención, existen otras alternativas que conducen a la protección del medio ambiente que son menos gravosas para quien desarrollan la minería, como puede ser la posibilidad de suspensión de licencias ambientales, escenario en el que no podría continuar la realización de actividad minera.

En conclusión, la sentencia del Consejo de Estado subraya la necesidad de equilibrar la protección ambiental con el desarrollo sostenible del sector minero. Al ordenar la realización de estudios técnicos y la posible declaración de reservas temporales, el Alto Tribunal buscó evitar la parálisis del sector, priorizando la coordinación interinstitucional y el principio de precaución sin imponer moratorias absolutas. Sin embargo, el Decreto 044 de 2024, al extender las reservas temporales por períodos prolongados, contraviene el marco temporal establecido por la lógica desarrollada en la sentencia, poniendo en riesgo la viabilidad económica y legal del sector; situación que, adicionalmente, podría desencadenar litigios contra el Estado. Así, se hace evidente que la necesidad de medidas normativas que, a la vez que protegen el ambiente, son acordes con la normatividad superior, en tanto no generan impactos desproporcionados sobre la actividad minera, ni implican la imposición de cargas exorbitantes a los sujetos que la desarrollan.

v. *El Decreto 0044 de 2024 desconoce las exigencias que el legislador ha establecido para excluir zonas de la explotación minera*

Como argumento *ad abundantiam*, se explicará como el ordenamiento jurídico colombiano ya contaba con un procedimiento, de lejos, más idóneo para la exclusión de zonas de la actividad minera. Esta norma, al igual que la enunciación del principio de precaución, es de rango legal, y se trata del **artículo 34 de la Ley 685 de 2001**, el cual regula lo atinente a la declaratoria de zonas excluibles de minería, ello para atender el propósito de la conservación de los recursos naturales renovables y del ambiente.

Los incisos segundo y tercero del artículo disponen:

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

Como puede apreciarse en la disposición transcrita, el Congreso de la República ya fijó un procedimiento para establecer zonas de exclusión de la actividad minera en función de la preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente; procedimiento que exige la realización de estudios técnicos, sociales y ambientales previos que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras.

El Decreto 0044 de 2024, en su artículo tercero, tiene por finalidad excluir la actividad minera en las reservas naturales de carácter temporal, y lo hace bajo un procedimiento distinto al del

artículo 34 de la Ley 685 de 2001. Es importante tener en cuenta que, la identificación, delimitación y declaración de las reservas temporales de recursos naturales renovables toman como base únicamente «la información que aporten las autoridades ambientales y demás información oficial disponible», en virtud del artículo 2° del Decreto 0044 de 2024. En otras palabras, el procedimiento para identificar, delimitar y declarar una reserva natural de recursos naturales de carácter temporal, cuyo efecto práctico es excluir la actividad minera en ella, resulta significativamente menos exigente que el que contempla el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 para los mismos efectos.

Teniendo en cuenta que las disposiciones dictadas bajo la facultad reglamentaria en cabeza del Gobierno deben respetar las normas de superior jerarquía, es pertinente cuestionar sobre el móvil o la razón que tuvo el Ejecutivo para que el artículo 3° del Decreto 0044 de 2024, se aparte manifiestamente del procedimiento ya establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001; con el objetivo de excluir zonas de la actividad minera en función de la preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente.

Por lo ya dicho hasta aquí, ese motivo dista de la correcta aplicación del principio de precaución, teniendo en cuenta que, una de las condiciones para la aplicación de este principio, es considerar la respuesta regulatoria que ya ha sido adoptada por las autoridades competentes.

Podría decirse que el Decreto 044 de 2024 en ningún artículo contiene el contenido normativo que ahora se le atribuye, esto es la exclusión de la actividad minera de algún área dentro del territorio nacional. Que lo que hace es prever medidas temporales que, una vez agotados ciertos pasos, permitan concluir sobre la necesidad de excluir la actividad minera de un área específica del territorio nacional. Este contra – argumento resulta una lectura formal y simplista de los alcances del decreto, y desconoce las evidentes consecuencias prácticas que sus artículos 3° y 6° del mismo conllevan para la actividad minera.

Son dos las razones por las que este hipotético contra – argumento resulta derrotable:

- i. El artículo 3° del decreto elimina la posibilidad de obtener las autorizaciones que resultan un requisito *sine qua non* para el desarrollo de proyectos mineros que se encuentren en ejecución, como son licencias y permisos, los cuales siempre son concedidos por períodos inferiores a cinco años, de manera que en algún momento durante la vigencia de una reserva temporal fenecerá su vigencia y será imposible renovarlos;
- ii. El artículo 6° establece una vigencia de hasta 10 años (declaratoria por 5 años, y eventual prórroga por otros cinco años) para las reservas temporales, lapso de tiempo que implica la inviabilidad de cualquier proyecto minero en el área en que dichas reservas temporales sean declaradas, ya que, incluso si se tuviera una alta expectativa de que no será declarada una zona de exclusión minera, diez años con un proyecto minero suspendido son demasiado tiempo para el nivel de inversiones y la disposición de recursos que demanda la realización de la minería legal en Colombia.

Por estas razones, un análisis que supere el enfoque eminentemente formal y que, por tanto, profundice en la materialidad o sustantividad de las consecuencias del decreto 044 de 2024, necesariamente conduce a la conclusión que, sin que formalmente se manifieste de forma expresa, la declaratoria de una zona de reserva temporal de recursos naturales renovables materialmente

conllevará un efecto inevitable en el tiempo, que no es otro que la imposibilidad de realizar proyectos mineros en el área reservada, lo que en la práctica resulta ser el mismo efecto que se alcanza con la declaratoria de una *zona de exclusión* en los términos del artículo 34 del actual Código de Minas.

Así las cosas, el Decreto 0044 de 2024 hace caso omiso o, lo que es lo mismo, infringe el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 sin razón o justificación alguna. Asimismo, reiteramos, aplica deficientemente el principio de precaución, usándolo de fundamento para desconocer el marco regulatorio actual.

En suma, la regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001, que establece un procedimiento exhaustivo y riguroso para la exclusión de la actividad minera en áreas protegidas, resulta no solo suficiente sino también idónea en términos de la aplicación del principio de precaución. El Decreto 0044 de 2024, al apartarse de este procedimiento y adoptar uno menos exigente, infringe dicho artículo al no justificar adecuadamente por qué las disposiciones existentes resultan insuficientes para la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.

Por esta razón resulta contrario a una norma superior de rango legal, lo que debe conducir a la declaratoria de nulidad de las disposiciones del decreto que desconocen el ordenamiento jurídico al que debe estar sometido.

D. Conclusión del cargo único.

El desarrollo del presente cargo revela que la expedición del Decreto 0044 de 2024 incurre en múltiples irregularidades que justifican su nulidad.

El Decreto 0044 de 2024 incurre en vicios de legalidad al aplicar indebidamente el principio de precaución, al no identificar objetivamente un riesgo ni su magnitud, ni justificar la urgencia de la actuación, presumiendo *iuris tantum* que la actividad minera es dañina y debe prohibirse, lo que contraviene los desarrollos constitucionales y conlleva a la inevitable declaratoria de ilegalidad del decreto.

Además, el Decreto 0044 de 2024 busca cumplir con las disposiciones de la sentencia del Consejo de Estado sin haber ejecutado las órdenes previas que esta exige, omitiendo la secuencialidad establecida en la parte resolutive de la sentencia, que requiere la elaboración previa de documentos técnicos para la identificación de áreas del SINAP y de conservación *in situ*, lo cual es indispensable para la ejecución de la cartografía de áreas de protección.

A ello se suma que la sentencia del Consejo de Estado enfatiza la necesidad de equilibrar la protección ambiental con el desarrollo sostenible del sector minero, al ordenar estudios técnicos y la posible declaración de reservas temporales para evitar la parálisis del sector, promoviendo la coordinación interinstitucional y el principio de precaución sin imponer moratorias mineras de carácter absolutas; sin embargo, el Decreto 044 de 2024, al extender dichas reservas por períodos que desconocen la dinámica de los proyectos mineros, contraviene el marco temporal establecido, poniendo en riesgo la viabilidad económica y legal del sector. Esta aleja a la solución propuesta del equilibrio que buscó la sentencia del juez de la acción popular, que resaltó la importancia de adoptar medidas que protejan el ambiente, que a la vez respeten la normativa vigente, sin generar impactos desproporcionados sobre la actividad minera y los derechos adquiridos por sus titulares.

Adicionalmente, el Decreto 044 de 2024 se presenta como una medida que desborda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia constitucional al implementar una prohibición total de concesión de licencias y permisos en zonas de reserva temporal, ignorando las directrices del principio de precaución y excediendo los alcances del Decreto 1374 de 2013, lo cual, en consecuencia, afecta desproporcionadamente los proyectos mineros en curso y vulnera los derechos adquiridos bajo el marco regulatorio anterior, justificando así su nulidad por desconocer los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia y exceder los efectos originalmente con templados en la normativa previa y la sentencia del Consejo de Estado.

Por último, la normativa del artículo 34 de la Ley 685 de 2001, que establece un procedimiento detallado y estricto para excluir la minería en áreas protegidas, es adecuada y apta en cuanto a la aplicación del principio de precaución. No obstante, el Decreto 0044 de 2024, al desviarse de este procedimiento y adoptar uno menos riguroso, contraviene dicho artículo al no justificar de manera suficiente por qué las normas vigentes no son adecuadas para proteger el medio ambiente y los recursos naturales renovables. Además, viola los criterios de razonabilidad y proporcionalidad al imponer mayores restricciones a los derechos económicos sin el soporte de un marco regulatorio más sólido desde un punto de vista técnico.

Todo lo anterior, expone la manifiesta ilegalidad del Decreto 0044 de 2024, el cual pretendemos que sea expulsado del ordenamiento jurídico a través de la declaratoria de nulidad del mismo.

VII. Solicitud de medida cautelar

Dados los hechos y fundamento jurídicos de la demanda, respetuosamente se le solicita al Consejo de Estado decretar como medida cautelar la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del DECRETO 0044 DE 2024, expedidos por el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Minas. Ello por cuanto se cumple el supuesto de procedencia contemplado en el artículo 231 del CPACA, de acuerdo a los desarrollos jurisprudenciales que sobre la materia ha convenido la Jurisdicción Contenciosa.

La posibilidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender de manera provisional los efectos jurídicos de los actos administrativos, por las razones y bajo los requisitos que establece la ley, se fundamenta en el artículo 238 de la Constitución Política²². De esta manera, la suspensión provisional actúa como un valioso recurso cautelar, de carácter temporal y accesorio, cuyo objetivo es impedir que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen produciendo efectos mientras se resuelve de manera definitiva su constitucionalidad o legalidad, sin que esta medida implique un prejuzgamiento por parte de la autoridad judicial que la toma. En este contexto, un requisito esencial para la medida es que el acto esté generando efectos jurídicos, ya

²² ARTICULO 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.

que su propósito es precisamente evitar, de forma temporal, que dicho acto administrativo sea ejecutable, protegiendo así los intereses generales y el Estado de derecho.²³

El artículo 231 del CPACA especifica los requisitos que deben cumplirse para que una medida de esta naturaleza pueda ser decretada, 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 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 concurran los siguientes requisitos: (...) (énfasis propio)

Así las cosas, 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 —que no es nuestro caso—, será necesario que el actor acredite, al menos de manera sumaria, el perjuicio alegado en la demanda.²⁴

A esta altura del escrito, es claro el cargo único de la demanda en tanto que, por las diferentes razones expuestas, se infringen las normas en las que debería fundarse el Decreto 0044 de 2024. Es por ello que, a fin de acreditar el requisito de ley para la procedencia de la suspensión provisional, a continuación se presenta gráficamente la confrontación del acto demandado y las normas superiores, en los términos del artículo 231 CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Tabla 2. Confrontación del contenido normativo del Decreto 0044 con las normas en que debería fundarse.

Normas en las que debería fundarse	Normas del Decreto 0044 de 2024
Principio de precaución (art. 1.6, Ley 99 de 1993 y jurisprudencia de la Corte Constitucional)	Decreto 0044, arts. 1, 2 y 4
Para dar aplicación al principio de precaución, debe cumplirse como mínimo —entre otros requisitos— la identificación objetiva de la existencia de un riesgo, con base en respaldo científico.	La declaratoria de reserva temporal se realiza con base en información disponible, relativa a las zonas mencionadas en el art. 2. <i>Contrario sensu</i> , no se exige que sea identificado un riesgo, ni se tiene un respaldo científico.

²³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección C. Radicado No. 11001-03-26-000-2020-00042-00. C.P.: Nicolás Yepes Corrales.

²⁴ Cfr. Ib.

<p align="center">Sentencia del 4 de agosto de 2020 del Consejo de Estado, rad. 250002341000-2013-02459-01</p>	<p align="center">Decreto 0044 en su totalidad</p>
<p>Previo a las declaraciones de reservas temporales de recursos naturales (resuelve 1.1.3 de la sentencia), el Gobierno Nacional debe realizar sendos documentos que motiven estas declaratorias: identificación de las áreas del SINAP (resuelve 1.1.1 de la sentencia) y de áreas de conservación <i>in situ</i> (resuelve 1.1.2).</p>	<p>El Gobierno no ha realizado aun dichos estudios.</p>
<p align="center">Sentencia del 4 de agosto de 2020 del Consejo de Estado, rad. 250002341000-2013-02459-01 (consid. 1321, 1325, 1041 y 1042)</p>	<p align="center">Decreto 0044, art. 3</p>
<p>El Consejo de Estado estableció que la declaratoria de reservas temporales no podría conllevar a una parálisis de la actividad minera, puesto que podría crearse un daño antijurídico. Por ello, ordenó la realización de estudios previos a las declaratorias de reservas temporales.</p>	<p>El Decreto 044 de 2024, expedido sin los estudios técnicos que la sentencia ordenaba realizar de forma previa, tiene como consecuencia práctica la parálisis de la actividad minera en el área en que se declare la zona de reserva temporal, por cuanto impide la expedición de licencias o permisos que resultan un elemento <i>sine qua non</i> para dicha actividad.</p>
<p align="center">Principio de precaución en el Decreto 1374 de 2013 (art. 2), utilizado como referencia por la sentencia del Consejo de Estado</p>	<p align="center">Decreto 0044, art. 3, inc. 2, y art. 6</p>
<p>En virtud del principio de precaución, la medida de reserva temporal debe atender a un tiempo proporcional y razonable para el fin que tiene el principio de precaución, y para no ocasionar una parálisis en la actividad minera.</p> <p>En contraste, el Decreto 1374 de 2013 (i) preveía un tiempo en las reservas de hasta 2 años, y (ii) prohibía la otorgación de nuevos títulos mineros, <u>más nunca prohibió el otorgamiento de las licencias y permisos necesarios para la explotación del título.</u></p>	<p>Se prohíbe de manera general el otorgamiento de licencias o permisos en las zonas objeto de la declaratoria de reserva, por un periodo de hasta 10 años. Ello tiene como efecto práctico la limitación de títulos mineros vigentes, que requieren la renovación o modificación de diversas licencias y permisos para la explotación del título minero otorgado con anterioridad al Decreto 0044 de 2024.</p>
<p align="center">Principio de precaución y Sentencia del 4 de agosto de 2020 del Consejo de Estado, rad. 250002341000-2013-02459-01</p>	<p align="center">Decreto 0044, arts. 3 y 6.</p>

<p>La jurisprudencia ha exigido que se establezca el nivel de riesgo que una actividad genera, que se establezca el nivel de riesgo tolerado —partiendo de que la regla general no es que exista riesgo cero— y que, a partir de estos elementos se genere una protección proporcional.</p> <p>Además, la sentencia del Consejo de Estado requiere que antes del cumplimiento del resuelve 1.1.3, se dé cumplimiento al 1.1.1 y 1.1.2.</p>	<p>En primer lugar, no se realizan los estudios previos, exigidos por la sentencia del Consejo de Estado.</p> <p>En segundo lugar, no realiza estudios técnicos que representen una evidencia científica de un riesgo amerite la prohibición de expedir licencias o permisos para desarrollar la actividad minera (que en la práctica significa la imposibilidad de desarrollarla en las zonas de reserva temporal que se declaren).</p> <p>En tercer lugar no se regula, ni se exigen elementos que permitan determinar, el nivel de riesgo tolerado.</p>
<p>Ley 685 de 2011, Código de Minas, art 34</p>	<p>Decreto 0044, arts. 3 y 4</p>
<p>Solo después de haber realizado los estudios técnicos que permitan motivar las zonas que deban reservarse, podrá realizarse la correspondiente declaratoria. Los estudios deben hacerse primero, para después realizar la declaratoria de exclusión de minería.</p>	<p>Se invierte la regla del artículo 34, pues primero realiza la declaratoria de reserva con los efectos materiales arriba explicados, y después realiza los estudios técnicos.</p>

Lo hasta ahora expuesto demuestra la clara transgresión de principios constitucionales, normas legales y contenidos normativos -subreglas jurisprudenciales- derivados de la sentencia del Consejo de Estado. No hace falta un análisis complejo para notar los excesos en que incurren las medidas de i) prohibición de expedir licencias y permisos para la actividad minera; y ii) la duración de cinco (5) años, prorrogables por otros cinco (5), que el decreto prevé como consecuencias de la declaratoria de la zona de reserva temporal de recursos naturales renovables. Este configura uno de los elementos que jurisprudencialmente se ha exigido para la declaratoria de la suspensión provisional que es conocida como la aparición de buen derecho.

Por otra parte, también resultan claras las consecuencias que mantener el segundo inciso del art. 3° y el art. 6° acarrea para un sector fundamental de la economía del país, pues implicaría la imposibilidad de continuar desarrollando una actividad legal, con un alto nivel regulatorio -en aplicación del principio de prevención-, y que cuenta con mecanismos de ajuste en caso de evidenciar perjuicios no previstos que sean derivados de la ejecución de los proyectos licenciados -modificación de las exigencias para mitigar impactos, modificación de las compensaciones o, incluso, suspensión de la licencia ambiental en caso de evidenciarse un riesgo exorbitante de carácter sobreviniente-. El decreto, sin evaluar por qué son insuficientes los mecanismos existentes en la legislación ambiental, prohíbe la concesión de licencias o permisos como consecuencia de la declaratoria de una zona de reserva, lo que, además de resultar desproporcionado, tiene consecuencias estructurales para el sector minero que en la práctica implica la imposibilidad de desarrollar su actividad por ausencia de permisos o de licencia que así lo autorice.

Esta consecuencia, además, puede extenderse hasta por diez (10) años, lo que implicaría la inviabilidad financiera y, por consiguiente, el casi seguro abandono de los proyectos mineros que

se encuentren en curso, implicando una afectación a todas luces desproporcionada no únicamente a quienes desarrollan esta actividad, sino, y por sobre todo, al interés general, en tanto la actividad minera aporta cuantiosos recursos a las finanzas públicas, colabora con la seguridad energética del país y, por consecuencia, al bienestar general de todos quienes vivimos en un Estado social de derecho. Se recuerda ahora que la propia Sección Primera del Consejo de Estado al evaluar una de las órdenes proferidas en la primera instancia de la acción popular concluyó que:

“Ambas medidas implican la suspensión permanente de la minería en Colombia y sobre ese punto, esta Sección ha sido enfática al sostener que no es posible frenar el desarrollo cuando este «lleve al crecimiento económico, al mejoramiento de la calidad de vida y al bienestar social sin agotar los recursos, ni deteriorar el ambiente», porque además la estrategia de sostenibilidad prevista por el constituyente no es puramente conservacionista. Es decir que las medidas de restablecimiento tendrían que buscar precisamente la sostenibilidad del desarrollo minero, sin impedir injustificadamente su crecimiento.” -párrafo 1325-

Esta situación nos permite apreciar el segundo elemento que fundamenta la solicitud de medida cautelar, que es el perjuicio que representa no adoptar la medida, en tanto las consecuencias de que los apartados demandados siguieran vigentes serían de gran magnitud no solo para quienes desarrollan actividades mineras, sino para el interés general, en tanto afectaría la adecuada marcha de un sector esencial en el funcionamiento de nuestro Estado de derecho.

En suma, la suspensión provisional del Decreto 0044 de 2024 es indispensable para evitar que se produzcan efectos jurídicos potencialmente contrarios al ordenamiento vigente. Esta medida es crucial para proteger los intereses generales y asegurar que se cumplan los principios legales y constitucionales mientras se resuelve definitivamente la legalidad del decreto.

VIII. Anexos

Primero. Decreto 0044 de 30 de enero de 2024 expedido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Minas y Energía.²⁵

Segundo. Documento de identidad del suscrito que acredita la calidad de ciudadano en los términos del artículo 166.3 del CPACA.

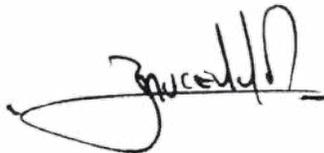
IX. Notificaciones

El suscrito recibirá notificaciones en la Calle 73 # 8 – 13 Piso 7 Torre A., y en la dirección electrónica: notificacionesjudiciales@andi.com.co ; vpjuridicaandi@andi.com.co

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en la Calle 37 N° 8-40, Bogotá D.C., y en la dirección electrónica: procesosjudiciales@minambiente.gov.co.

El Ministerio de Minas y Energía en la Calle 43 No. 57, Bogotá D.C., y en la dirección electrónica: notijudiciales@minenergia.gov.co

Cordialmente,



BRUCE MAC MASTER

C.C. 73.104.241 de Cartagena
Presidente

²⁵ Tomado del sitio web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible el día 19 de septiembre de 2024, en el siguiente enlace: <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2024/08/DECRETO-MADS-NACIONAL-0044-DE-ENERO-DE-2024.pdf>