



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., 15 de diciembre de 2016.

Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00011 01 (AP)

Actor: **Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – CORALINA.**

Demandado: **Agencia Nacional de Hidrocarburos y otros.**

REFERENCIA: Objeción por error grave del peritaje. Legitimación en la causa por activa en acciones populares. Excepción de falta de jurisdicción en acciones populares. Régimen de usos en zonas de reserva ambiental. Protección especial a arrecifes de coral, pastos marinos y zonas de mangle frente a la minería. Principio de precaución como principio constitucional. Condiciones de aplicación del principio de precaución. Juicio de acción popular como control concreto de constitucionalidad.

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante ANH), Ecopetrol S.A (en adelante ECOPETROL) y Repsol Exploration Colombia S.A. (en adelante REPSOL), contra la sentencia de 4 de junio de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de San Andrés Providencia y Santa Catalina, amparó los derechos colectivos invocados en la demanda y ordenó suspender la exploración y explotación de hidrocarburos en la zona objeto de la acción.

I.- LA DEMANDA.

Por intermedio de su representante legal, CORALINA interpuso acción popular¹ contra la ANH para reclamar la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; así como a la conservación

¹ Folios 1-15 del Cuaderno 1.

de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas y los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente².

1.1. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

Según lo expuesto por la parte actora en la demanda, su reclamación se apoya en síntesis en los siguientes hechos:

Que Colombia hace parte de los países suscriptores del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas (en adelante CDB), incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 165 de 1994.

Que el 10 de noviembre de 2000, el Programa del Hombre y la Biosfera de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, certificó al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina como Reserva de Biosfera, y lo incluyó en la Red Mundial de Reservas de la Biosfera con el nombre de *Seaflower*.

Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible, en adelante MMADS), mediante la Resolución No. 107 del 27 de enero de 2005, declaró una zona dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, constitutiva del 36% de la Reserva Mundial de Biosfera *Seaflower*, como Área Marina Protegida (en adelante AMP), por su importancia estratégica ambiental y ecosistémica de biodiversidad.

Que desde el año 2007 CORALINA trabajó en una propuesta de financiación con el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, en su calidad de administrador del Fondo para el Medio Ambiente Mundial – FMAM, que buscó darle viabilidad al Plan de Manejo Integrado del AMP por los próximos 5 años y la incorporación de mecanismos financieros innovadores que garanticen su sostenibilidad en el largo plazo. Y resalta que en virtud de dicha propuesta se encuentran en ejecución recursos obtenidos a través del Convenio de Financiamiento No Reembolsable de

² Folio 1 ídem.

Inversiones No. GRT/FM-11865-CO³, firmado con el BID desde el mes de diciembre de 2009.

Que el AMP fue reconocida por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza - UICN, en el marco de la Convención de Diversidad Biológica que se desarrolló a finales del 2010 en Nagoya – Japón, “*como el mejor esfuerzo mundial para la conservación de la biodiversidad en el marco de las metas de conservación de las Naciones Unidas*”⁴.

Que el Gobierno Nacional, a través de la oficina de Asuntos Internacionales del MAVDT, expuso por Oficio No. 1020-2-148135 del 17 de noviembre de 2010 la intención de nominar el AMP para ser listada bajo el protocolo SPAW⁵, lo cual ratifica el interés del país por proporcionar un alto grado de protección ambiental al AMP⁶.

Que el AMP posee un área total de 65.000 kilómetros cuadrados, siendo la más extensa del Caribe y una de las diez más grandes del mundo, y que se encuentra conformada por tres secciones importantes: (i) Sección Sur: áreas marinas costeras de San Andrés, Banco de Bolívar y Banco de Albuquerque, con un total de 1.400.000 hectáreas; (ii) Sección Centro: áreas costeras marinas en Providencia y Santa Catalina, con una cobertura de 1.270.000 hectáreas; y, (iii) Sección Norte: Banco de Roncador, Serrana y Quitasueños con una extensión de 3.750.000 hectáreas.

Que la ANH adjudicó al consorcio Repsol Exploration Colombia, Ecopetrol S.A y YPF S.A., dos bloques incluidos dentro de la Reserva de Biosfera *Seaflower* y su AMP, denominados Cayos 1 y Cayos 5, para actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

Que pese a los cambios de la normatividad nacional ambiental, que han relevado a las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR de la competencia que tenían para otorgar licencias, permisos y/o decidir sobre temas relativos a hidrocarburos, CORALINA ha manifestado total rechazo al desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en la Reserva de Biosfera *Seaflower* y en el AMP;

³ Cfr. cuaderno de pruebas número 1, folios 37-42.

⁴ Vid. cuaderno de pruebas número 1, folio 10.

⁵ Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, Naciones Unidas, 1990.

⁶ Cfr. cuaderno de pruebas número 1, folio 43, para ver copia de dicho oficio.

manifestación a la que, dice, se han sumado grupos activos de la comunidad raizal y residentes del Archipiélago, así como ONG'S ambientales con asiento en las islas.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La accionante solicita que se declare la vulneración y se protejan los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; así como a la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, al igual que los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. En aras de obtener la protección deprecada, pide que:

“Se ordene a la ANH abstenerse de iniciar, o bien suspender, cualquier actividad de exploración, prospección, explotación y producción de hidrocarburos en aguas jurisdiccionales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como es la Reserva de Biosfera Seaflower, lo que incluye el Área Marina Protegida existente.

Se declare la suspensión de la ejecución de cualquier contrato de exploración, prospección, explotación y producción de hidrocarburos, que hubiere suscrito la AHN (sic) y que involucre directa o indirectamente, aguas jurisdiccionales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Reserva de Biosfera Seaflower, lo que incluye el área Marina Protegida existente.

Se ordene a la ANH, la inclusión de la Reserva de la Biosfera Seaflower en toda su extensión lo que incluye el Área Marina Protegida existente, dentro del listado o mapa de sitios excluidos de actividades de exploración y explotación sísmica o petrolera del país”⁷.

1.3. Solicitud de medida cautelar.

CORALINA solicitó en la demanda que ordene “la inmediata suspensión de la ejecución de cualquier contrato que se haya adjudicado, para la exploración, prospección, explotación y producción de hidrocarburos, que involucren áreas de la Reserva de Biosfera Seaflower y AMP, en el Departamentos Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; así como las demás medidas que considere necesarias y que a bien tenga”⁸.

⁷ Folio 14 ibídem.

⁸ Folio 15 ídem.

II.- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 21 de febrero de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés admitió la demanda⁹ y ordenó notificarla a la ANH, al Procurador Judicial II Administrativo delegado ante dicha Corporación y a la Defensoría del Pueblo, comunicar la admisión de la demanda al MMADS “como entidad administrativa encargada de velar por la protección del derecho colectivo invocado”¹⁰ y efectuar los avisos en radio y prensa que ordena la ley.

Asimismo, mediante auto de la misma fecha se pronunció el Tribunal *a quo* sobre la medida cautelar solicitada, denegándola, por considerar que de las pruebas obrantes en el expediente “no se puede deducir la inminencia del daño alegado, como quiera que no es posible concluir que los supuestos contratos que fueron adjudicados afectan la zona indicada en la demanda, pues ni siquiera hay certeza de la existencia de los mismos”¹¹.

Mediante auto de 6 de abril de 2011 se resolvió vincular a las compañías ECOPETROL, REPSOL y YPF, de las cuales solo se notificó a la primera de ellas, por no disponer el Tribunal de las direcciones de notificación de las otras dos¹². Esta situación obligó a que mediante auto de 10 de mayo de 2011 se oficiara a la ANH con el fin de que allegue tales direcciones¹³. Obtenida esta información se procedió a notificar la demanda a estas compañías, para que como terceros que pueden resultar afectados con la sentencia, la contesten y soliciten la práctica de pruebas¹⁴.

III.- CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ANH¹⁵, por medio de su apoderado, solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda y basó su defensa en las siguientes excepciones y razones:

De una parte, propuso las siguientes excepciones:

1. *Falta de legitimación en la causa*: Considera que la entidad legitimada para incoar la presente acción es la Nación- MAVDT (ahora Ministerio de Ambiente y Desarrollo

⁹ Folios 20-21 ejusdem.

¹⁰ Folio 20 ibídem.

¹¹ Folio 23 ídem.

¹² Folio 159 ibídem.

¹³ Folio 160 ídem.

¹⁴ Folio 178 ibídem.

¹⁵ Folios 85-107 ejusdem.

Sostenible) y no CORALINA, toda vez que ésta carece de competencia para expedir licencias ambientales en materia de exploración y explotación de hidrocarburos.

2. *Falta de jurisdicción*: Expresa que no existe objeto litigioso sobre el cual discutir, toda vez que mientras el MAVDT no ejerza las competencias que le han sido atribuidas por ley para la expedición de licencias ambientales para la exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos en el área del archipiélago *Seaflower*, no es posible determinar la existencia de violación o amenaza del derecho colectivo al goce de un ambiente sano.

3. *Petición antes de tiempo*: Estima que al no existir por parte del MAVDT restricción a la exploración y explotación de hidrocarburos en el área del Archipiélago, y al no pronunciarse esa entidad sobre el otorgamiento de la licencia ambiental, la acción incoada resulta prematura.

4. *Falta de causa para pedir*: Señala que no existe razón para promover acción popular, porque no se ha solicitado la licencia ambiental para los trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos en el área objeto de acción.

De otra parte, plantea como razones de su defensa los siguientes argumentos:

Afirma que la declaración de Reserva de Biosfera *Seaflower* no constituye en sentido estricto una medida restrictiva para desarrollar actividades económicas, toda vez que el documento “*Reserva de la Biosfera – La Estrategia de Sevilla & el Marco Estatutario de la Red Mundial*” de la UNESCO estableció que no existen restricciones o impedimentos para desarrollar actividades económicas dentro de este tipo de reservas de reconocimiento internacional¹⁶.

Anota que para que fueran adjudicados los derechos de exploración y explotación de los Cayos 1 y 5, se cumplió con las restricciones establecidas en la Resolución No. 107 de 2005 del MAVDT y en los Acuerdos 021¹⁷ (junio 9) y 025¹⁸ (agosto 4) de 2005, expedidos por CORALINA, en tanto que se excluyeron las zonas restringidas (“zona de uso especial, zona de recuperación y uso sostenible de los recursos

¹⁶ Folios 85-86 ibídem.

¹⁷ “Por medio del cual se delimita internamente el Área Marina Protegida de la Reserva de la Biosfera *Seaflower* y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ “Por medio del cual se describen 5 tipos de zonas: Zona de Uso General, Zona de Recuperación y Uso Sostenible de los Recursos Hidrobiológicos - Zona de Uso Especial, Zona de Conservación y Zona de Preservación”.

hidrobiológicos, zona de conservación y zona de preservación) previstas en esos actos.

Indica que el Acuerdo No. 025 de 2005 expedido por CORALINA no contiene expresa prohibición para la ejecución de actividades hidrocarburíferas en la reserva de *Seaflower*¹⁹.

Manifiesta que la actividad que promueve en el área objeto de acción “por ningún motivo atenta, propicia o permite la contracción de las áreas marinas nacionales protegidas, establecidas mediante la Resolución 107 de 2005, los Acuerdos 021 y 025 de 2005 y el Decreto 2372 de 2010”²⁰.

Explica que al consultar el geoportal del Sistema de Información Ambiental Marina - SIAM, constató que las áreas excluidas de los bloques adjudicados, según la zonificación prevista en el Acuerdo No. 025 de 2005, incluyen los arrecifes coralinos del archipiélago. Y precisa que dada su alta sensibilidad, en ese Acuerdo se previó que en caso de identificarse durante la etapa de ejecución del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos la presencia de estos ecosistemas en la respectiva área, se exigiría al contratista adoptar y ejecutar las medidas del caso para preservar su integridad²¹.

Señala que los ecosistemas marinos existentes en la Reserva de Biosfera *Seaflower*, también se encuentran protegidos por los términos de referencia para la elaboración de los estudios de impacto ambiental en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, adoptados por las Resoluciones 1543²² y 1544 de 2010²³, en las guías ambientales del sector hidrocarburos y en los compromisos que se impongan en el marco de las licencias ambientales que se requieran²⁴.

Resalta que no se vulnera ningún derecho a la comunidad raizal “porque las áreas donde la misma se encuentra asentada y ejerce sus actividades económicas de subsistencia, según lo manifiesta la demandante, fueron excluidas de cualquier tipo

¹⁹ Folio 88 ejusdem.

²⁰ Ídem.

²¹ Folio 89 ibídem.

²² “Por la cual se acogen los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos de explotación de hidrocarburos y se toman otras determinaciones”.

²³ “Por la cual se acogen los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos de perforación exploratoria de hidrocarburos y se toman otras determinaciones”.

²⁴ Folios 89-90 ídem.

de actividad hidrocarburífera de conformidad con lo regulado en el Acuerdo 025 de 2005”²⁵.

Reprocha que CORALINA, entidad que forma parte del SINA, actúe por fuera de la órbita que le señala el MMADS como ente rector de la política ambiental y se oponga al desarrollo de actividades productivas que el Gobierno Central ha estimado decisivas para el desarrollo económico y social del país. Y pone de relieve que “[l]a autonomía de las corporaciones autónomas debe entenderse dentro de la concepción unitaria del Estado y por ende, dentro de los límites de la Constitución y de la ley, lo que implica que aquellas no pueden asumir conductas que vayan en contravía de la política macroeconómica del país”²⁶.

Menciona que CORALINA le solicitó excluir de cualquier tipo de prospección de hidrocarburos las áreas incluidas en el *Seaflower* y que la suscripción de los contratos derivados de las resoluciones Nos. 475 y 485, por las cuales se adjudicaron los Cayos 1 y 5, fue suspendida a petición de dicha autoridad ambiental, con el fin de propiciar espacios en los cuales las autoridades locales, las comunidades raizales y demás representantes de las comunidades residentes en el Departamento, pudieran conocer el alcance del proceso adelantado como resultado de la adjudicación de los Bloques y las medidas socio ambientales que serían adoptadas en las áreas objeto de exploración de hidrocarburos²⁷.

Señala que es equivocado alegar una supuesta conducta omisiva de parte de la ANH en relación con la realización de la consulta previa, porque mientras no se hayan celebrado los contratos, ni se hayan definido las áreas específicas afectas al desarrollo de cada una de las actividades en el marco de esos contratos, ni se hayan ejecutado, ni intervenido las áreas del *Seaflower*, ni se haya concretado amenaza alguna a los ecosistemas del Departamento, resulta prematuro cumplir con los requisitos para llevar a cabo la consulta previa. Suspensión que, alega, es una muestra “de su disposición y buena voluntad para generar espacios apropiados de discusión de las medidas que serían adoptadas”²⁸.

²⁵ Folio 91 ídem.

²⁶ Folio 95 ejusdem.

²⁷ Folio 97 ibídem.

²⁸ Ídem.

IV.- COADYUVANCIAS

4.1. De la parte demandante:

Mediante escritos radicados el 10 y el 16 de marzo de 2011 respectivamente, las organizaciones FISH & FARM COOPERATIVE (en adelante FFC)²⁹ y MOVIMIENTO ARCHIPIÉLAGO MOVEMENT FOR EHTNIC NATIVE SELF DETERMINATION (AMEN-SD)³⁰ presentaron escritos de coadyuvancia de la acción interpuesta. En ellos se reprocha a la demandada la falta de consulta previa. FCC alega que la ejecución de labores de exploración, explotación y producción de hidrocarburos en la Reserva de Biosfera y su AMP, se afectaría el medio ambiente, la tranquilidad, la pesca artesanal y el turismo, que son el único sustento para la supervivencia de los raizales y residentes de la zona. En concepto de la organización AMEN-SD, se está “en presencia de un nuevo derecho colectivo, además de los señalados en la demanda”³¹.

EI DEFENSOR DEL PUEBLO REGIONAL SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA presenta igualmente escrito de coadyuvancia de la acción popular³². Encuentra crucial impedir que se ponga en riesgo el medio ambiente en general, y en particular un ecosistema inestimable como la Reserva Ambiental de Biosfera *Seaflower* y su riqueza en biodiversidad. Y resalta que se trata, además, de un ecosistema que juega un papel decisivo en la circulación oceánica del Caribe, que es parte de un área habitada por raizales que derivan su principal sustento del mar.

La UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA – COMITÉ COLOMBIANO (UICN) se hizo también parte del presente proceso para coadyuvar las pretensiones de la demanda³³ y pide que la Reserva de Biosfera y el AMP “queden efectivamente excluidas de cualquier actividad de exploración, prospección, explotación y producción de hidrocarburos, (...) como medida de precaución y garantía para la protección y sostenibilidad de las comunidades insulares y las especies biológicas, los ecosistemas, biomas y toda forma de vida y sus recursos relacionados”³⁴.

²⁹ Folios 38-49 ibídem.

³⁰ Folios 62-67 ídem.

³¹ Folio 65 ibídem.

³² Folios 161-170 ejusdem.

³³ Folios 171-173 ídem.

³⁴ Folio 172 del cuaderno principal.

CARLOS EDUARDO SALINAS ALVARADO³⁵ interviene para subrayar que “la exploración o prospección sísmica y su consecuente fase de explotación de hidrocarburos amenaza gravemente el modo de vida de la comunidad raizal, que deriva su sustento de la pesca y el turismo, pues nuestro Departamento insular tiene arrecifes alucinantes, que lo hacen un gran destino turístico de buceo, que si ocurriera un desastre como el ocurrido en 2010 en el Golfo de México sería un impacto desastroso para la fauna y la flora marina, y de contera para la comunidad raizal”. Resalta el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los raizales y explica los alcances de su aplicación en Colombia.

REMIGIO BARKER³⁶, raizal y veedor raizal ciudadano, reitera los argumentos y la solicitud de Carlos Eduardo Salinas Alvarado.

La ASOCIACIÓN DE BUZOS SEADIVERS³⁷, manifiesta su rechazo frente al desarrollo de actividades de exploración o explotación de hidrocarburos en la reserva de Biosfera *Seaflower* y su AMP, y pide que se defiendan el medio ambiente y las áreas para el turismo vacacional del que depende la economía de la región. Por esto solicita que se ordene a la ANH abstenerse de iniciar o suspender cualquier actividad de exploración o explotación y producción de hidrocarburos que se piense llevar a cabo en aguas del Departamento de San Andrés, la Reserva de Biosfera o el AMP declarada; se declare la suspensión de cualquier contrato suscrito por la ANH que involucre directa o indirectamente estas aguas; y que se ordene a la ANH la inclusión de la Reserva de Biosfera en toda su extensión dentro de la lista de sitios excluidos de las actividades de exploración y explotación sísmica o petrolera en el país.

EI GRUPO DE ACCIONES PÚBLICAS DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO³⁸, considera que si bien es cierto que no se observa vulneración de derechos colectivos, ello no impide que el juez de acción popular tome las medidas necesarias para evitar el acaecimiento del hecho vulnerador de esos derechos, porque la sola amenaza atenta contra su goce efectivo. Manifiestan que el fundamento constitucional y legal de la procedencia preventiva de las acciones populares para evitar la amenaza o vulneración de

³⁵ Folios 209 a 216 ídem.

³⁶ Folios 217 a 224 íbidem.

³⁷ Folios 299 a 302 ejusdem.

³⁸ Folios 383 a 408 ídem.

derechos colectivos no puede estudiarse de manera aislada, y que por ello es necesario aplicar el principio de precaución establecido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo incorporado por el Gobierno Nacional a través del artículo 1° de la Ley 99 de 1993. Y explica que las actividades de prospección sísmica, perforación y extracción de hidrocarburos en alta mar pueden causar impactos como la perturbación o afectación de los mamíferos marinos, inhibición del crecimiento y desarrollo reproductivo de algunas especies acuáticas y alteración del comportamiento de la vida silvestre con la construcción de la plataforma marina.

4.2. De la parte demandada:

En su calidad de terceros interesados concurrieron al proceso y coadyuvaron la posición de la parte demandante las empresas que conforman el consorcio a quien la ANH adjudicó la exploración y explotación de los Cayos 1 y 5. Cada una de ellas se hizo presente por separado y contestó la demanda de manera independiente en los siguientes términos:

4.2.1. ECOPETROL S.A.³⁹:

ECOPETROL, en calidad de tercero interesado, a través de su apoderado, solicita se declare la falta de legitimación por pasiva en relación con su intervención en el proceso y pide que se declare que no ha existido vulneración de su parte de los derechos colectivos invocados por la demandante. Sustenta su defensa en diversos argumentos, que se pueden sintetizar así:

Afirma que los bloques adjudicados a Ecopetrol S.A., Repsol Exploration Colombia S.A y YPF S.A no se encuentran en el AMP de la Reserva de Biosfera *Seaflower*, toda vez que no existe prueba que soporte la afirmación de la parte actora.

Menciona que como política de responsabilidad ambiental y social, no realiza directa ni indirectamente ninguna actividad en las zonas adjudicadas por la ANH sin los permisos ambientales exigidos por la norma ambiental correspondiente.

³⁹ Folios 124-158 ídem.

Precisa que la evaluación preliminar realizada para ofertar por los Bloques la realizó bajo el entendido de que no estaban en el AMP, toda vez que la ANH excluyó dicha área del Bloque dada su alta sensibilidad, en cumplimiento de la Resolución No. 107 de 2005 del MAVDT y del Acuerdo de 025 de 2005, expedido por CORALINA. Y resalta que además ha realizado la verificación cartográfica necesaria para hacer esa afirmación.

Manifiesta que solo se ha realizado una adjudicación de los Bloques para la exploración y explotación de hidrocarburos a su favor, pero que ante la falta de suscripción de los contratos, no se tienen definidas las áreas en las que se van a realizar las actividades. Y destaca que una vez se suscriban los contratos se procederá a dar cumplimiento a las exigencias legales en materia de consulta previa a los raízales; pues, precisa, si ésta no se ha llevado a cabo es porque no ha llegado el momento, pues a falta de determinación sobre qué actividades se van a realizar y dónde, ello no resulta procedente.

Considera que al no existir en la Resolución No. 107 de 2005 usos restrictivos para la exploración y explotación de hidrocarburos, estas actividades se encuentran habilitadas con sujeción de medidas ambientales que garanticen seguridad en la operación y sean amigables con el medio ambiente. Y resalta que el CDB si bien establece como objetivo la conservación de la diversidad biológica, también contempla la utilización sostenible de sus componentes por medio de un adecuado acceso a los recursos y una óptima transferencia de tecnología, reconociendo el derecho de los Estados a explotar sus propios recursos con responsabilidad.

Pone de relieve que en los términos anteriores se puede concluir que “está permitido realizar exploración de recursos naturales, dentro de los parámetros que garanticen una utilización sostenible de la diversidad biológica, imponiendo una obligación para quien realiza la actividad de adoptar todos los planes, estrategias y programas que se exijan por la autoridad ambiental y una obligación de seguimiento y control para la autoridad ambiental”⁴⁰.

Indica que el Decreto 2372 de 2010 definió las diferentes áreas protegidas en Colombia, y en su artículo 23 estableció que las demás categorías de protección existentes, como es el caso de las AMP, deben realizar un proceso de homologación

⁴⁰ Folio 130 ídem.

con una de las denominaciones existentes, en el año siguiente a la publicación del Decreto. Y agrega que “[n]o aparece soporte probatorio en el expediente que acredite que CORALINA realizó las actividades que la ley le impone para que el AMP de *Seaflower* se enmarque dentro de alguna de las categorías previstas”⁴¹.

Asevera que no se ha acreditado una verdadera afectación de los derechos colectivos invocados en la demanda, porque la parte actora se limitó a afirmar sin soporte técnico que la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos genera impactos en los ecosistemas, sin precisar sus alcances. Por ende encuentra ECOPETROL que la parte actora incumplió la carga de la prueba que le impone la ley 472 de 1998, y subraya que tampoco existen pruebas de que se pueda ocasionar un perjuicio irremediable.

4.2.2. Repsol Exploración Colombia S.A. (REPSOL)⁴²:

REPSOL, en calidad de tercero interesado, y obrando por medio de apoderado judicial, rechaza la existencia de violaciones a los derechos colectivos reclamados por CORALINA y se opone a las declaraciones y condenas pretendidas mediante las siguientes razones, que denomina “excepciones de mérito”⁴³:

1. *“Inexistencia de vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos a un ambiente sano, a la existencia del equilibrio económico y al manejo racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”*⁴⁴. En su concepto, a la fecha no se puede afirmar la violación de derechos colectivos, toda vez que no existe una acción u omisión por parte de las autoridades públicas o de los particulares frente a estos derechos o intereses colectivos, toda vez que la mera expectativa de desarrollo de una actividad no puede constituirse ni equipararse a una efectiva vulneración. Y resalta que tampoco puede hablarse de una amenaza de derechos colectivos, porque el desarrollo de las actividades que están previstas está sujeto a las autorizaciones que otorgue la autoridad ambiental competente, previa realización de estudios y evaluaciones ambientales que viabilicen su ejecución; lo cual todavía no ha ocurrido.

⁴¹ Folio 132 ibídem.

⁴² Folios ejusdem.182-200.

⁴³ Folio 186 ídem.

⁴⁴ Ibídem.

2. *“Desarrollo de actividades económicas lícitas que cuentan con el respaldo legal por parte de las actividades ambientales competentes”*⁴⁵. Argumenta que a la luz de lo previsto por el artículo 333 de la Constitución no es viable que las autoridades ambientales establezcan o impongan requisitos adicionales a los señalados por la normativa ambiental en materia de licenciamiento. Resalta que en el artículo 8 del Decreto 2820 de 2010 se incluye a la exploración y explotación de hidrocarburos por fuera de los campos existentes como una actividad que requiere de licencia ambiental, cuya aprobación es reglada, tiene un fuerte componente técnico y es competencia exclusiva del MAVDT. Y pone el acento en que “para poder determinar el grado de afectación que un proyecto, obra o actividad pueda tener sobre los recursos naturales renovables o del medio ambiente, es menester realizar los estudios técnicos correspondientes que permitan determinar con cierta exactitud dicha afectación”⁴⁶.

3. *“Inexistencia de prohibición de realizar actividades de exploración y explotación petrolera en el Área Marina Protegida de la Reserva de la Biosfera Seaflower”*⁴⁷. Afirma en este sentido que el AMP en cuestión no tiene únicamente objetivos de conservación, pues “también se contempla la posibilidad de promover buenas prácticas de manejo para garantizar el uso sostenible de los recursos costeros y marinos y distribuir equitativamente los beneficios sociales y económicos para contribuir al desarrollo local entre otros”⁴⁸.

4. *“Experiencia de Repsol operando áreas sensibles”*⁴⁹. Señala que REPSOL desarrolla actividades de exploración, explotación y producción de hidrocarburos en diversas áreas sensibles, y su prioridad es prevenir y minimizar los impactos de las actividades desarrolladas considerando las características específicas de los entornos para conservar y, si es del caso, adelantar las labores conducentes para recuperar el medio natural. Manifiesta que tiene amplia experiencia en proyectos de explotación y exploración de hidrocarburos, los cuales ha realizado conforme a la normatividad ambiental nacional e internacional bajo los parámetros establecidos por la respectiva autoridad, implementando todas las actividades de prevención y control necesarias para minimizar los posibles impactos relacionados con esas actividades. Y lista algunos proyectos en los que se da esta condición. Asegura que

⁴⁵ Folios 186-189 ejusdem.

⁴⁶ Folio 188 ídem.

⁴⁷ Folio 189 ídem.

⁴⁸ Folio 189 ibídem.

⁴⁹ Folios 189-192 ejusdem.

en todas sus operaciones establece pautas generales de actuación en materia de biodiversidad, con los estándares más exigentes para el desarrollo de operaciones en áreas sensibles, comprometiéndose con el desarrollo e implementación de los Planes de Acción de Biodiversidad –PABs en áreas con categorías I a IV de la clasificación de la UICN y otras zonas consideradas de alto valor ecológico.

5. *“Responsabilidad Corporativa por parte de Repsol con el medio ambiente y socialización con comunidades indígenas y grupos étnicos”*⁵⁰. Sostiene que siendo consciente de los impactos directos e indirectos que genera su actividad sobre las comunidades y su entorno, siempre ha tenido el compromiso de “trabajar por maximizar los aspectos positivos y las oportunidades de generar valor compartido; así como prevenir y minimizar los impactos negativos a través del dialogo y la participación de las comunidades”⁵¹.

4.2.3. YPF S.A.⁵²:

YPF, en calidad de tercero interesado, y obrando por medio de apoderado judicial, rechaza la existencia de violaciones a los derechos colectivos reclamados por CORALINA y se opone a las declaraciones y condenas pretendidas. Destaca que no se ha realizado ninguna actividad en la zona, motivo por el cual resulta infundado plantear la existencia de una vulneración a los derechos colectivos invocados por la parte actora. Y descarta que se pueda hablar de una amenaza a ellos, “puesto que ni el Consorcio ni YPF realizaría actividad alguna en los bloques si esta no es previamente autorizada por la autoridad ambiental y otras autoridades competentes, y solo una vez realizados los estudios que hagan viable su ejecución”⁵³.

V. AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Tuvo lugar el 29 de julio de 2011, con la asistencia de la parte actora, el apoderado de la ANH, el representante legal de Repsol Exploration Colombia S.A y su apoderado, la apoderada y representante legal de Ecopetrol S.A, el apoderado y representante legal de YPF, la Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria, el apoderado de Old Providence and Santa Catalina Fishing and Farming Cooperative Enterprise y el Defensor del Pueblo – Regional San Andrés. Se declaró fallida por

⁵⁰ Folios 192-194 ídem.

⁵¹ Folio 193 ídem.

⁵² Folios 255-274 ibídem.

⁵³ Folio 256 del cuaderno principal.

falta de acuerdo conciliatorio.

VI. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 4 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró infundadas las excepciones propuestas por los demandados y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

6.1. Declaraciones efectuadas y órdenes impartidas:

En la parte resolutive de su fallo de 4 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar NO probadas las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO: CONCÉDESE el amparo de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, consagrados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, y los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, los causales (sic) se encuentran seriamente amenazados por las adjudicaciones contenidas en las resoluciones Nos. 475 y 485 del 08 de noviembre de 2010, proferidas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH-.

TERCERO: ORDÉNASE a la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS – ANH-, suspender el proceso iniciado para la exploración y explotación que deban desarrollar como resultado de la adjudicación de los bloques Cayos 1 y 5, en la zona objeto de la presente acción.

CUARTO: Negar las demás pretensiones y peticiones formuladas.

QUINTO: CONFÓRMESE para efecto de la verificación del cumplimiento de éstas órdenes judiciales un comité integrado por el Despacho del Magistrado ponente, la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH-, Corporación para el Desarrollo Sostenible del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina “CORALINA”, la procuradora judicial Ambiental y Agraria delegada ante el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago San Andrés. (Art. 34 Ley 472 de 1998)⁵⁴.

Esta decisión fue adicionada por auto de 5 de julio de 2012, por medio del cual se dispuso la inclusión del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario

⁵⁴ Folio 632 ibídem.

en el Comité de Verificación de cumplimiento del fallo⁵⁵.

6.2. Fundamento de la decisión impugnada:

Frente las excepciones, el *a quo* encontró que sí existe legitimación en la causa por activa por parte de CORALINA, “toda vez que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos objeto de la presente acción, no fueron originados en su acción u omisión”⁵⁶. Igualmente negó la falta de jurisdicción alegada, por considerar que a la luz de la ley 472 de 1998 “la jurisdicción está bien definida, como quiera que la acción popular se dirige contra una entidad pública”⁵⁷. Respecto de la supuesta petición formulada antes de tiempo, así como de la ausencia de causa para pedir y de la pretendida inexistencia de vulneración de los derechos colectivos alegada por la parte demandada, estimó que en rigor no constituían verdaderas excepciones, sino de argumentos que buscan enervar el fondo del asunto, por lo cual deben examinarse al pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

En relación con la presunta vulneración del derecho a la consulta previa del pueblo raizal de San Andrés, indicó que no se trata de un derecho colectivo susceptible de amparo por vía de este cauce procesal. Y destacó, además, que esta pretensión no fue incluida dentro del *petitum* de la demanda, por lo que no resultaba procedente pronunciarse sobre ella.

Sostuvo que las áreas marinas protegidas buscan “proteger, conservar y restaurar especies y hábitats y procesos ecológicos que como resultado de diversas actividades humanas se han visto afectados. Del mismo modo, y actuando con cautela, pretenden prevenir la degradación futura y el daño a especies, hábitats y procesos ecológicos aún no estudiados o desconocidos”⁵⁸. Y señaló que en países como México y Nicaragua las reservas de biosfera forman parte del sistema nacional de áreas protegidas.

Aseveró que el área de que trata la presente acción, esto es, la cubierta tanto por el área marina protegida como por la Reserva de Biosfera *Seaflower*, “hacen parte de una unidad funcional ecosistémica, por ende intervenir la zona con actividades como las previstas por la ANH, presionaría seriamente los recursos naturales de dicha

⁵⁵ Folios 666-668 del cuaderno principal.

⁵⁶ Folio 605 ídem.

⁵⁷ Ibídem.

⁵⁸ Folio 612 ejusdem.

reserva e incidiría directamente en los riesgos para el ambiente marino y éste a la vez en el ambiente, en el equilibrio ecológico, por lo tanto en el derecho a gozar de un ambiente sano, en conexidad con derechos fundamentales como la vida y la salud, vale decir, la reserva marina protegida, es fundamental como ecosistema de importancia ambiental y como ecosistema de importancia para la comunidad raizal”⁵⁹.

Consideró que si bien según el dictamen pericial rendido por INVEMAR solo existe un mínimo de superposición de las áreas de protección ambiental objeto de la demanda con el área donde se desarrollarían las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos (correspondiente a un 2% del total de la cobertura de arrecifes coralinos reportados para el sector de Providencia, en el área definida como Cayo 5), también lo es que la demanda no se dirige únicamente a proteger zonas de arrecifes de corales y manglares o pastos marinos y de las especies de fauna y flora del complejo ecológico marino que conforma el ecosistema que fue excluido por el artículo 207 de la Ley 1450 de 2011. En este sentido, destacó que la demanda reclama la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. Y pone de relieve que, en este orden, no se trata solo de amparar una parte especial de un ecosistema legalmente protegido, sino también de precaver “los impactos que podría aparejar cualquier actividad sea de exploración o explotación de hidrocarburos en la totalidad de la cuenca, pues, muchos de los procesos marinos se originan y mantienen más allá del ámbito espacial que define una iniciativa o una estrategia de conservación o de ordenamiento del territorio”⁶⁰.

Precisó que no le asiste razón a REPSOL cuando afirma que no existen prohibiciones legales para adelantar actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el área de los futuros contratos Cayo 1 y Cayo 5, por no ser cierto que toda actividad que no esté prohibida expresamente por disposición legal, esté permitida desde el punto de vista de la protección del medio ambiente. Y recordó que la acción popular no sólo protege derechos vulnerados frente a intervenciones consolidadas, pues también procede frente a la simple amenaza de una eventual afectación.

⁵⁹ Folio 615 del cuaderno principal.

⁶⁰ Folio 623 ídem.

Afirmó que el hecho que en el dictamen pericial se hubiese determinado que “un 2% de las zonas de arrecifes coralinos de Providencia se encuentra dentro del bloque cayo 5”, significa que existe certeza sobre la zona donde se efectuarían las actividades de exploración y producción, y demuestra que no es desfasada la preocupación de CORALINA al incoar la presente acción. Y resaltó que la declaración legal del párrafo 2 del artículo 37 de la ley 99 de 1993 no se limitó al área marina protegida, sino que cubre la totalidad del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; todo lo cual corrobora los anteriores argumentos.

Enfatiza que la protección de la Reserva de Biosfera *See Flower* “trasciende la simple protección regional, ya que por su extensión e importancia debe ser objeto no solo de protección, vigilancia y defensa del ente regional, sino también del Gobierno Nacional ante cualquier acción, sea legal o ilegal de nacional o internacional”⁶¹.

Señaló que con fundamento en el principio de precaución, previsto por el artículo 1.6 de la ley 99 de 1993, así como en el artículo 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (incorporada al derecho nacional por medio de la Ley 164 de 1994), puede concluirse que el amparo de los derechos colectivos por vía de acción popular no está supeditado a la ocurrencia efectiva del daño por la vulneración de uno o más derechos de esta clase, siendo suficiente a tal efecto la corroboración por el juez de acción popular de la simple amenaza o riesgo de su afectación.

Manifestó haber encontrado una “relación directa entre las actuaciones realizadas por dicha autoridad (la ANH) y la amenaza que se cierne sobre la zona de reserva”⁶². Sostiene que por esta causa, “la Sala dispondrá entonces las medidas preventivas que deben en tal virtud, adoptar las autoridades para hacer cesar el peligro que recae sobre dicha zona”⁶³. Y expresó que no se pronunciaría sobre la última pretensión de la accionante, consistente en que “[s]e ordene a la ANH la inclusión de la Reserva de Biosfera *Seaflower* en todas su extensión lo que incluye el Área Marina Protegida existente, dentro del listado o mapa de sitios excluidos de actividades de exploración y explotación sísmica o petrolera del país”. Esto, dice,

⁶¹ Folio 627 del cuaderno principal.

⁶² Folio 631 ídem.

⁶³ Ídem.

“habida consideración que ésta escapa al objeto de la acción popular, cual es el orientado a garantizar la defensa y protección de los intereses colectivos, por un lado, y por otro, porque las políticas, administración, manejo y reglamentación de las reservas de hidrocarburos de la propiedad de la Nación, corresponde al Gobierno Nacional”⁶⁴.

VII. IMPUGNACIONES

7.1. Apelación de la ANH⁶⁵:

Indica que las excepciones propuestas no fueron debidamente resueltas. Así, señala que la forma como el Tribunal despachó desfavorablemente la excepción de falta de legitimación de la causa terminó por ignorar que la competencia para el manejo, protección y preservación del ambiente y la formulación de la política ambiental es el MMADS, por lo que el fallo acaba por legitimar la usurpación de funciones por parte de CORALINA. En lo atinente a la excepción de falta de jurisdicción, sostuvo que el Tribunal desconoció que al no encontrarse firmados los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y al no existir pronunciamiento del Ministerio de Medio Ambiente sobre la preceptiva licencia ambiental, no existe un verdadero conflicto jurídico sobre cual deba pronunciarse.

Reprocha que la sentencia apelada haya pasado por alto el argumento según el cual la declaración de la reserva carece por sí solo de fuerza restrictiva de actividades económicas lícitas. Agrega que el fallo desconoce que según el artículo 8 CDB corresponde a los gobiernos de los estados determinar o definir el sistema de áreas protegidas en las que haya necesidad de adoptar medidas especiales para conservar la diversidad biológica, lo mismo que los procedimientos que deban ser aplicados para su puesta en funcionamiento. Y remarca que CORALINA “no cumplió con la obligación de homologar como AMP el Seaflower. En el proceso nunca se demostró que el Seaflower haga parte del sistema nacional de áreas protegidas. Al parecer el Tribunal no le da ninguna importancia a este asunto, cuando señala, sin fundamento jurídico alguno, “que un área se puede reservar para la conservación, aún si no cuenta con una figura legal para ello”, desatendiendo por completo los mandatos de las normas antes referenciadas. Si el Tribunal se hubiera detenido en examinar la preceptiva mencionada necesariamente hubiera concluido que el

⁶⁴ Folios 631-632 del cuaderno principal.

⁶⁵ Folios 644-648 ídem.

Seaflower no hace parte del sistema nacional de áreas protegidas y que era preciso desestimar las pretensiones de la demanda de Coralina”⁶⁶.

Manifiesta que en el proceso nunca se demostró que el *Seaflower* hace parte del sistema nacional de áreas protegidas, porque el artículo 8 del Convenio de Biodiversidad Biológica dispone que corresponde a los gobiernos determinar o establecer el sistema de áreas protegidas o áreas donde haya necesidad de tomar medidas especiales para conservar la biodiversidad biológica y el procedimiento que debe seguirse para que sean integradas a aquél.

Censura que el Tribunal haya desconocido que el problema jurídico central radica en que la Reserva de la Biosfera no hace parte del SINAP y no existe ninguna norma legal que prohíba el ejercicio de actividades económicas lícitas en ella. Y enfatiza la idea según la cual para excluir una actividad legítima de una determinada zona del país “se requiere que exista una prohibición expresa, en la medida en que la Constitución aunque busca la protección del medio ambiente, no descarta que esta sea incompatible con el desarrollo económico sustentable o sostenible”⁶⁷.

Discrepa de la invocación y aplicación del artículo 207 de la ley 1450 de 2011 al caso concreto, pues considera que no se le puede dar efecto retroactivo ni inmediato a esta norma. Y agrega que en el proceso se acreditó con el dictamen de INVEMAR, que solo dentro de un 2% del área de los bloques concesionados existen ecosistemas de arrecife de coral, manglares y praderas de pastos marinos definidos por el Atlas de áreas coralinas de Colombia y por el Atlas de praderas de pastos marinos de Colombia; área mínima que bien podía ser excluida de la zona de exploración y explotación⁶⁸.

Tilda el fallo de político, más que jurídico, porque aun cuando reconoce que el dictamen de INVEMAR favorece la posición de los demandados, el Tribunal “va más allá de la simple interpretación racional de los hechos y pretensiones de la demanda y asume el liderazgo que pertenece al Gobierno Nacional de la formulación de una política ambiental para el Archipiélago de San Andrés y Providencia”⁶⁹.

⁶⁶ Folio 646 del cuaderno principal.

⁶⁷ Folio 647 ídem.

⁶⁸ Folio 647 ejusdem.

⁶⁹ Folio 648 ibídem.

7.2. Apelación de ECOPETROL⁷⁰:

Sostiene que con la demanda no fueron aportadas pruebas conducentes, pertinentes y eficaces que permitan dar por ciertos los argumentos expuestos en ella, que hagan creíble o den verosimilitud a la afirmación de que existe una vulneración del derecho colectivo al goce del ambiente sano de los habitantes del Archipiélago de San Andrés y Providencia.

Reprocha la valoración probatoria realizada por el Tribunal al dictamen pericial, la cual califica de equivocada, porque de premisas ciertas llegó a conclusiones falsas a causa de su indebida interpretación. Esto, debido a que aun cuando reconoció que según el INVEMAR no existe una superposición de las áreas de protección ambiental con las áreas concesionadas, termina por ampliar la tutela que el legislador dispensó a los ecosistemas marinos con el artículo 207 de la ley 1450 de 2011, sin contar para ello con la competencia jurídica necesaria para modificar la ley, ni el sustento técnico requerido para adoptar una determinación en ese sentido. Así, denota que si el *a quo* buscaba proteger la totalidad del área debió allegar al proceso la prueba técnica que permitiera soportar dicha necesidad, “y no simplemente fundarse en su propio raciocinio que, a la postre, desconoce el dictamen pericial del INVEMAR, que es la entidad especializada en materia de investigación ambiental de estos ecosistemas y, que conceptuó que la posible afectación a la zona de arrecifes que existente en el área del bloque es del 4% (*sic*), porcentaje que permitiría, si lo autoriza la autoridad ambiental, la exploración, la explotación de hidrocarburos en el resto del área, tomando todas las medidas necesarias para la compensación y mitigación de los impactos ambientales”⁷¹.

Aduce que la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos ha sido calificada como de utilidad pública por el Código de Petróleos (artículo 4), cuyo artículo 212 dispuso además que el transporte y distribución de sus derivados constituye un servicio público, por lo cual las personas dedicadas a esa actividad deben cumplir conforme a las normas que regulan esa actividad.

Explica que la actividad de exploración y explotación de recursos naturales se encuentra debidamente autorizada y regulada por las autoridades, dentro de parámetros que buscan asegurar el uso y aprovechamiento eficiente de estos

⁷⁰ Folios 650 a 655 del cuaderno principal.

⁷¹ Folio 663 ídem.

recursos, de conformidad con el principio de desarrollo sostenible, por lo cual no se puede considerar la adjudicación de los Cayos 1 y 5 como una vulneración en sí misma a la naturaleza, ni tampoco como una amenaza en su contra.

7.3. Apelación de REPSOL⁷²:

REPSOL interpuso en su momento el recurso de apelación contra el fallo de 4 de junio de 2012 y posteriormente, luego del auto de 7 de febrero de 2013 que le corrió traslado para el efecto⁷³, expuso las razones de su inconformidad y sustentó su impugnación en los siguientes términos:

Cuestiona el fallo por contener o apoyarse en “una interpretación errónea del principio de precaución”⁷⁴. Esto, toda vez que lo aplicó “sin tener certeza científica sobre la potencialidad del daño a ser causado por los contratos a suscribir entre la ANH y el Consorcio”⁷⁵. Ello llevó al fallo, dice, a ignorar los diferentes argumentos que sustentan la posición de la parte demandada y sus coadyuvantes. En su concepto, el principio de precaución “no era aplicable ni obligatorio para la ANH durante el proceso de selección, ni era aplicable en tiempo en el momento de la adjudicación de los contratos respectivos. El principio de precaución es exigible y mandatorio para cualquier autoridad ambiental competente en materia de exploración y producción de hidrocarburos que ya estuviere otorgado, esto es el ANLA y eventualmente CORALINA para el otorgamiento de permisos para uso y aprovechamiento de recursos naturales en su área de jurisdicción y en el momento en que se tuvieran que tomar decisiones específicas relacionadas con dichos contratos y que en el desarrollo de los mismos se estuvieran generando los daños o las amenazas de daños con todos los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para la aplicación del mismo”⁷⁶.

Reprocha al fallo impugnado haber vulnerado el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción como consecuencia de haber ignorado pruebas debidamente aportadas en el juicio, como el peritaje realizado, y de haber fallado con base en información no científica, sino especulativa. Esto, dado que dicho dictamen arrojó como conclusión que los proyectos de exploración “no afectarían ni

⁷² Folios 809 a 826 del cuaderno principal.

⁷³ Cfr. folio 781 ídem.

⁷⁴ Folio 811 ibídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Folio 813 del cuaderno principal.

la Reserva Sunflower (*sic*) ni ningún otro ecosistema sensible como los corales o los arrecifes coralinos o el mar de nuestro país y que por ende, no tendría que suspender la suscripción de tales contratos por parte de la ANH⁷⁷.

Señala que la sentencia impugnada transgrede el principio de legalidad, entre otras razones, porque parte de un razonamiento según el cual en materia ambiental no todo lo que no está prohibido está permitido. Con ello, dice, el Tribunal “desconoce que existen leyes y específicamente en materia ambiental que enumeran y enlistan las prohibiciones y que así mismo, existen instrumentos de control, gestión y planificación ambiental que buscan que las actividades permitidas se ejecuten dentro del menor impacto negativo posible, en aras de asegurar el desarrollo sostenible del país y particularmente de la isla”⁷⁸. Resalta que en Colombia y en el mundo “está permitido adelantar actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el mar y en las zonas de reserva de la biosfera (...) de acuerdo con las normas y resoluciones aplicables, bajo el cumplimiento eso sí de unos estándares muy altos y con la implementación de unas medidas muy estrictas y serias”⁷⁹. Enfatiza que allí donde se vulneren tales normas estará habilitada la intervención protectora de la autoridad ambiental, “[p]ero antes no puede saltarse la aplicación del principio de legalidad, por cuanto las normas están hechas para respetarse y son éstas las que permiten continuar el proceso de adjudicación, contratación, ejecución de obligaciones derivadas de esos contratos y de identificación de impactos y medidas de manejo ambiental”⁸⁰. Y reprocha que “[s]e crearon por vía sentencia judicial restricciones y prohibiciones para actividades económicas como la industria de hidrocarburos que no existen legalmente y a su turno, se derogaron expresamente, también por vía judicial, las normas legales contempladas en el ordenamiento jurídico positivo colombiano y que permiten adelantar las actividades de exploración y producción en aguas marinas colombianas”⁸¹.

Alega que en la sentencia se desconocieron los verdaderos impactos ambientales que ocasionan las actividades de exploración y producción de hidrocarburos costa fuera, y en particular en el área de la Reserva *Sea Flower* y su AMP. Con ello, aduce, se ignora que esta actividad “puede ser desarrollada con estándares exigentes para

⁷⁷ Folio 817 ídem.

⁷⁸ Folio 821 ibídem.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Folio 822 ídem.

el desarrollo de operaciones en áreas sensibles, teniendo como prioridad prevenir y minimizar los impactos de las actividades desarrolladas considerando las características específicas de los entornos para conservar”⁸².

Considera que el fallo se apoyó en especulaciones, pues “[n]o es posible saber si habrá potencial amenaza o vulneración si no se adelantan los estudios y demás instrumentos de ley para prevenir tales potenciales y eventuales daños”⁸³. Reprocha el desconocimiento del modelo contractual previsto para el desarrollo de las actividades hidrocarburíferas, que incluye tanto la consulta previa a las minorías como el aval de las autoridades ambientales.

Señala una supuesta falsa motivación en el fallo impugnado, toda vez que el *a quo* no fundamentó su decisión en pruebas científicas legal y oportunamente allegadas al proceso, sino en textos no referenciados, ni citados textualmente, que además son sacados de contexto o se aplican al caso concreto de manera equivocada (al considerar predicables de la explotación off shore los impactos de las actividades petroleras costa dentro); lo cual lleva a interpretaciones erradas⁸⁴. Reprocha que el fallo haya empleado información desactualizada, que desconoce las últimas tecnologías, y especulativa o desprovista de una base científica adecuada. Y censura que no se hayan decretado de oficio pruebas técnicas.

Por último, esgrime que CORALINA ha vulnerado el derecho a la igualdad, toda vez que ha sido contradictoria en sus pronunciamientos, al permitir actividades sísmicas 2D solicitadas por la ANH en las mismas coordenadas y áreas de trabajo objeto de estudio, pero ahora impide la realización de actividades de exploración y explotación en esa zona, desconociendo que REPSOL ha adelantado actividades de exploración y explotación de hidrocarburos “en ecosistemas igualmente sensibles e incluso en zonas catalogadas como reservas de la biosfera, con el cumplimiento de obligaciones y estándares muy altos de naturaleza técnico-ambiental, y en aplicación de tecnología muy alta y especializada en la materia”⁸⁵.

⁸² Ídem.

⁸³ Folio 823 ibídem.

⁸⁴ Folio 824 ejusdem.

⁸⁵ Folios 825-826 ídem.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Efectuado el traslado para alegar de conclusión⁸⁶ la ANH⁸⁷, ECOPETROL⁸⁸, REPSOL⁸⁹, el MMADS⁹⁰ y el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario presentaron sus alegaciones de conclusión. Los tres primeros reiteran los argumentos expuestos en sus contestaciones de la demanda y escritos de impugnación del fallo; los dos últimos ventilan diferentes argumentos para solicitar la confirmación de la decisión recurrida.

En su parvo escrito, el MMADS resaltó la importancia de acatar lo ordenado por los artículos 207 y 208 de la Ley 1450 de 2011, que buscan la protección de la zona en el sentido de permitir que sea declarada como una reserva amparada por el Protocolo SPAW, lo mismo que el contenido de la Resolución No. 107 de 2005, por ser la normativa de la cual se desprende de manera evidente el interés nacional por la protección y conservación del medio ambiente. Y acentúa que “prima dentro del interés nacional la protección del ambiente, el cual es derecho superior, la política de conservación sobre el interés de explotación de hidrocarburos, por lo que así lo dispone la ley, sus disposiciones relacionadas con la protección y conservación de arrecifes de coral”⁹¹.

Finalmente, YESID DONCEL BARRERA, miembro del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, plantea la necesidad de confirmar la decisión apelada con base en la necesidad de precaver el riesgo que por la experiencia de otros países (EEUU y México, Curacao, Trinidad y Tobago y Panamá) constituye una amenaza para la reserva *Sea Flower* y sus frágiles ecosistemas y recursos. Resalta que permitir el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en esta zona “no solo constituye una omisión del deber estatal a conservar áreas de especial protección ecológica como lo es la presente, sino también el deber de prevenir posibles factores de deterioro ambiental. Por tanto, el Estado no puede desconocer ni hacer caso omiso a su papel como responsable de la protección del medio ambiente y es por esto que para el caso en mención es el Estado quien debe activar todos los mecanismos posibles para prevenir cualquier posible futura afectación al medio ambiente, y no contrariamente, promover su

⁸⁶ Folio 1210 ibídem.

⁸⁷ Folios 1213-1216 ejusdem.

⁸⁸ Folios 1224-1227 ibídem.

⁸⁹ Folios 1251-1256 ídem.

⁹⁰ Folios 1217-1219 ibídem.

⁹¹ Folio 1219 del cuaderno principal.

deterioro”⁹². Destaca además el sólido fundamento jurídico que ofrece el Derecho Internacional Ambiental, en particular por medio de instrumentos como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, en las que se hace énfasis en la planificación y uso racional de los recursos naturales, lo mismo que en la necesidad de tener en cuenta la solidaridad internacional e intergeneracional. Apunta que aun cuando las actividades que se pretende adelantar en el Archipiélago son legítimas y relevantes para la economía nacional, por las sustancias que involucran, los procesos que utilizan y los ruidos y vibraciones que generan, se traducen en riesgos para ecosistemas frágiles y únicos como los que se encuentran allí. Indica que aun cuando la declaración de la UNESCO no impone obligaciones jurídicas directas al Estado colombiano, conllevan un compromiso con la comunidad internacional inexcusable, pues “[l]as reservas están encaminadas a servir como red internacional para la protección de la biodiversidad con el desarrollo humano sostenible, (...) constituyen una zona medular destinada a la protección a largo plazo y sostenible”⁹³. Alega que dados los impactos que genera sobre los ecosistemas presentes, en el caso examinado se verifican todos los elementos necesarios para la aplicación del principio de precaución, tal como ha sido caracterizado por la jurisprudencia constitucional: (i) un peligro para el medio ambiente, (ii) no comprobado en términos absolutos ni científicos, (iii) pero sí respaldado por un mínimo de evidencia, (iv) que exige de las autoridades la adopción de medidas adecuadas de protección de los ecosistemas. Más aún, alude al principio de prevención, en tanto considera que “la experiencia en el sector de hidrocarburos permite tener certeza de los impactos mismos que implica la actividad”⁹⁴.

IX. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado rindió su concepto solicitando que se confirme la sentencia apelada⁹⁵. Apoya su solicitud en las siguientes razones:

Subraya que el artículo 23 de la Ley 472 de 1998 es claro en señalar que en la contestación de la demanda sólo se puede proponer las excepciones de mérito y

⁹² Folio 1264 *ibídem*.

⁹³ Folio 1267 del cuaderno principal.

⁹⁴ Folio 1268 *ídem*.

⁹⁵ Folios 1287 a 1294 *ídem*.

las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, por lo cual entiende que no procede valorar la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la ANH, toda vez que no corresponde a una excepción de mérito ni a las previas señaladas por la ley.

Descarta igualmente el fundamento de la segunda excepción planteada, consistente en la supuesta falta de jurisdicción por la ausencia de una vulneración efectiva de los derechos colectivos invocados en la acción, pues encuentra que el propósito de este medio exceptivo es “evitar que un juez a quien no corresponde en principio el conocimiento de una causa, decida un proceso que no es de su competencia, en virtud del ejercicio equivocado de la acción por parte del demandante”⁹⁶; asunto que no es del caso en el presente juicio, en el cual la jurisdicción del contencioso administrativo para ocuparse del tema resulta incontrovertible.

Afirma, en relación con el fondo del asunto, que pese a que el dictamen de INVEMAR señala que en el Cayo 1 no se reportan áreas de manglar o pastos marinos y que solo existe una superposición en un 2% con el Cayo 5, lo cual, tal como ha sido alegado por la demandada y sus coadyuvantes, resulta contrario a las pretensiones de la demanda, según el mapa del dictamen es posible deducir que, en todo caso, las zonas de los cayos se encuentran dentro del archipiélago declarado por el parágrafo 2 del artículo 37 de la Ley 99 de 1993 como reserva de biosfera. Y como tal, sus ecosistemas deben ser protegidos.

Sostiene que la conclusión de protección del Archipiélago a la cual arribó el Tribunal no requiere prueba técnica científica, pues “[e]s suficiente la confrontación de las zonas con los mapas obrantes en autos, incluido el del dictamen, en armonía con lo dispuesto por el artículo 1° numeral 6° de la Ley 99 de 1993 que, al consagrar el principio de precaución, prevé que *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*”⁹⁷.

Y cierra señalando que el dictamen no garantiza que esa mayor área que conforma el Archipiélago no se pueda ver afectada por el desarrollo de las actividades hidrocarburíferas. En su criterio, “[n]o se requiere la suscripción de los contratos en

⁹⁶ Folio 1290 del cuaderno principal.

⁹⁷ Folios 1294 envés y revés ídem.

los cuales se contemple el impacto de las actuaciones de exploración y explotación, puesto que precisamente son esas consecuencias las que generan la amenaza objeto de protección mediante la presente acción”⁹⁸.

X. CONSIDERACIONES

10.1. Competencia:

De acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la ley 472 de 1998, la Sala es competente para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 4 de junio de 2012.

10.2. Presentación del caso y problema jurídico:

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la presente controversia se origina por la decisión de la ANH de adjudicar al Consorcio integrado por ECOPETROL, REPSOL y YPF los Cayos 1 y 5 en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de adelantar labores de exploración y explotación de hidrocarburos. En concepto de CORALINA, parte actora en este litigio, el desarrollo de tales actividades representa un riesgo grave para los ecosistemas marinos de esta zona del país, amparados por una declaración de la UNESCO como Reserva de Biosfera y por una decisión del MMADS que declaró una fracción de esta última como área marina protegida (AMP)⁹⁹. Para la parte demandada y sus coadyuvantes tal riesgo no se presenta, toda vez que el área designada para explorar y explotar si bien se coincide con la reserva *Sea Flower* de la UNESCO, ésta no excluye el adelantamiento de esta clase de actividades, sino que demanda el uso de técnicas calificadas. Y resaltan que frente al AMP, como se acreditó en el dictamen del INVEMAR, solo se presenta un solapamiento del 2% con el área del Cayo 5, lo cual puede ser resuelto mediante la exclusión de esta porción del polígono adjudicado. Al fallar el asunto en primera instancia el Tribunal Administrativo de la Isla negó las excepciones propuestas por las entidades demandadas y, ante la amenaza de afectación seria al ecosistema y a los recursos naturales marinos que encontró, tomó la decisión de amparar los derechos colectivos al goce de un ambiente sano,

⁹⁸ Folio 1294 revés.

⁹⁹ Resolución No. 107 de 2005.

a la existencia del equilibrio ecológico y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como a la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, al igual que los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, consagrados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998. Por esta razón ordenó a la ANH suspender el proceso iniciado para la exploración y explotación de hidrocarburos que debía desarrollarse como resultado de la adjudicación de los bloques Cayos 1 y 5 en la zona objeto de la presente acción.

En sus recursos de alzada, la ANH, ECOPETROL y REPSOL reprochan al fallo de primera instancia (i) no haber resuelto de manera adecuada las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y de falta de jurisdicción planteadas; (ii) haber ignorado que no existe en el ordenamiento jurídico nacional un precepto legal que prohíba el desarrollo de actividades de exploración y explotación hidrocarburífera en la zona adjudicada, no declarada como área protegida por CORALINA ni por ninguna otra autoridad ambiental, y que no resultan incompatibles con la declaración de reserva efectuada por la UNESCO; (iii) haber dado aplicación retroactiva al artículo 207 de la ley 1450 de 2011 y haber ampliado, sin un fundamento técnico apropiado, el radio de cobertura de la protección que dispensa este precepto; (iv) haber desconocido el dictamen técnico del INVEMAR, según el cual tan solo existe una mínima área de solapamiento entre la zona adjudicada y la cubierta por la AMP, no existiendo en el espacio restante razones ambientales para restringir el desarrollo de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos, por lo que acabó adoptándose una decisión desprovista de sustento probatorio adecuado, en desmedro del debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción de la parte demandada; (v) transgredir la competencia del Gobierno para fijar la política ambiental; (vi) atentar contra el principio de legalidad, porque parte del razonamiento según el cual en materia ambiental no todo lo que no está prohibido está permitido, con lo cual desconoce que hay leyes que fijan expresas prohibiciones en esta materia, tanto como otras que establecen y regulan instrumentos de control, gestión, planificación y sanción de comportamientos de los agentes económicos, en los cuales se define el papel de las distintas autoridades ambientales y hacen posible el aprovechamiento racional de los recursos naturales, siempre en el marco de la reglamentación que rige su desarrollo y imponer estándares técnicos y ambientales más exigentes en función de las particularidades

de cada entorno; (vii) comportar una aplicación errónea del principio de precaución, toda vez que se aplicó sin contar con certeza sobre las implicaciones ambientales de la actividad por desarrollar y se llevó más allá de su ámbito natural: el de las decisiones específicas de las autoridades ambientales en relación con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, para extenderlo al campo de determinaciones contractuales, desprovistas en sí mismas de impacto sobre los ecosistemas; y, por último, (viii) vulnerar la igualdad como resultado de prohibir ahora comportamientos que en el pasado fueron autorizados por la misma parte actora (CORALINA) a la ANH, en relación con la exploración de hidrocarburos en esta zona del país.

En este orden, son varios los problemas a dilucidar en la presente decisión de segunda instancia: de una parte, en relación con las excepciones propuestas por la ANH, se deberá responder si existe o no legitimación en la causa por activa por parte de CORALINA y si hay o no lugar a declarar la excepción de falta de jurisdicción por inexistencia de la controversia planteada. De otro lado, en lo atinente al fondo de la litis, encuentra la Sala que el principal interrogante a resolver es si resulta legítimo o no que en aras de proteger los derechos colectivos ambientales amparados por el fallo impugnado se prohíba el desarrollo de una actividad declarada de utilidad pública, que legalmente no ha sido excluida de la zona del país que origina este conflicto, la cual se encuentra amparada por declaraciones de protección que *prima facie* no rechazan ni resultan incompatibles con su desarrollo.

Adicionalmente, y ello contribuirá a construir la respuesta al interrogante principal expuesto, deben analizarse los señalamientos planteados en las distintas impugnaciones presentadas. Así las cosas, la Sala deberá determinar si a falta de un precepto legal que prohíba el desarrollo de actividades de exploración y explotación hidrocarburífera en la zona adjudicada coincidente con la Reserva de la Biosfera declarada por la UNESCO, resulta viable excluir la posibilidad de adelantar esta clase de labores en ella. También se deberá establecer si lo previsto en el artículo 207 de la ley 1450 de 2011 resulta aplicable al caso bajo revisión y verificar si el Tribunal amplió o no el alcance de la protección que dispensa este precepto a los ecosistemas de arrecifes coralinos, pastos marinos y manglares. Del mismo modo se debe examinar lo referente al fundamento técnico y probatorio de la decisión apelada, toda vez que se señala de haber desconocido el dictamen técnico del INVEMAR. Igualmente se impone definir si la decisión adoptada transgrede o no la competencia del Gobierno para fijar la política ambiental. Otro cuestionamiento a

dirimir tiene que ver con el supuesto atentado contra el principio de legalidad que encierra la decisión impugnada. Esto, por desconocer que el principio según el cual todo lo que no está prohibido está permitido e ignorar que la legislación ha adoptado mecanismos de control, gestión, planificación y sanción de comportamientos de los agentes económicos para posibilitar un uso sostenible de los recursos naturales. Por último, debe considerarse lo referente a la aplicación del principio de precaución. A este respecto la Sala tendrá que determinar, primero, si se desconoce este principio en el momento en que se invoca como fundamento de medidas restrictivas de derechos a pesar de no contar con certeza sobre las implicaciones ambientales de la actividad legítima que se restringe. Asimismo debe indagarse sobre si se llevó más allá de su ámbito natural (esto es, el de las decisiones específicas de las autoridades ambientales respecto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales) y se extendió su aplicación de manera ilegítima al campo de determinaciones contractuales, carentes *per se* de impacto sobre los ecosistemas.

Lo relativo a la supuesta afectación a la igualdad como resultado de prohibir al Consorcio comportamientos que en el pasado fueron autorizados por la misma parte actora (CORALINA) a la ANH, en relación con la exploración de hidrocarburos en esta zona del país, no será tomado en cuenta, dado que antes que un reproche o censura a la sentencia encierra un argumento dirigido a descalificar el proceder de la autoridad ambiental, no habiendo además nada anómalo, ilegítimo ni antijurídico en que una autoridad ambiental cambie de criterio y recurra preventivamente al juez constitucional de derechos colectivos para evitar la afectación de los intereses ecológicos a su cargo. No puede olvidarse que según lo dispuesto por el artículo 12.3 de la ley 472 de 1998, este especial mecanismo de defensa de los derechos colectivos puede ser intentado por “[I]as entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión”. Por esta causa, se trata de un argumento que no será tenido en cuenta por la Sala al desatar los recursos interpuestos.

Finalmente, dado que dentro de la oportunidad procesal pertinente CORALINA objetó por error grave el dictamen pericial rendido por las expertas del INVEMAR, y que dicha objeción no fue atendida por el Tribunal de primera instancia, la Sala deberá pronunciarse al respecto.

10.3. Análisis del caso:

Resolver los problemas jurídicos planteados presupone, en primer lugar, hacer un recuento de las pruebas recaudadas durante el proceso (1), para entrar luego a examinar los cuestionamientos relacionados con las excepciones previas planteadas por la parte demandada (2) y cerrar con el estudio de los temas de fondo identificados en el apartado anterior (3). La consideración global de estos elementos permitirá resolver el caso (4).

10.3.1. Análisis del acervo probatorio:

Dos aspectos deben ser atendidos en este apartado: en primer lugar, lo referente a las principales medios de prueba recaudados (A), para desatar luego lo relativo a la objeción del peritaje rendido por el INVEMAR dentro de la presente acción popular (B).

A. Lo probado en el proceso:

El acervo probatorio acopiado en el proceso está conformado, en lo fundamental, por las siguientes evidencias relevantes:

- Copia de la Resolución No. 475 de 2010 (noviembre 8), “Por la cual se adjudica el Bloque CAYOS -1, de la cuenca Los Cayos del Área Tipo 2 del proceso Open Round Colombia 2010”¹⁰⁰, expedido por el Director General de la ANH.
- Copia de la Resolución No. 485 de 2010 (noviembre 8), “Por la cual se adjudica el Bloque CAYOS -5, de la cuenca Los Cayos del Área Tipo 3 del proceso Open Round Colombia 2010”¹⁰¹, expedido por el Director General de la ANH.
- Resolución No. 107 de 27 de enero de 2005, “Por medio de la cual se declara un área marina protegida y se dictan otras disposiciones”, del MMAVDT¹⁰².
- Convenio de financiamiento no reembolsable de inversiones No. GRT/FM11865-CO, entre CORALINA y Banco Interamericano de Desarrollo, del 18 de diciembre de 2009, para proteger la biodiversidad y avanzar en la consolidación del AMP¹⁰³.

¹⁰⁰ Folios 76-79 del cuaderno principal.

¹⁰¹ Folios 80-83 ídem.

¹⁰² Fls. 4-9 cuaderno de pruebas No. 1.

¹⁰³ Fls. 37-42 ídem.

- Comunicación de la Jefe de la Oficina de Asuntos Internacionales del MMAVDT, del 7 de noviembre de 2010, en la que informa a CORALINA sobre el interés por parte del Gobierno Nacional de presentar la Reserva *Sea Flower* como propuesta de área piloto para ser listada bajo el Protocolo SPAW¹⁰⁴.
- Comunicación de CORALINA a la ANH en la que solicita la exclusión de la Reserva *Sea Flower* y su AMP del bloque de exploración y explotación para hidrocarburos, de fecha 13 de diciembre de 2010¹⁰⁵, habida consideración de su enorme valor ambiental.
- Copia simple del Acuerdo No. 008 de 2004 (mayo 3), “Por el cual se adopta el reglamento para la contratación de áreas para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos”¹⁰⁶, expedido por el Consejo Directivo de la ANH.
- Copia simple del Acuerdo No. 06 de 2006 (febrero 1°), “Por el cual se designa un área especial”¹⁰⁷, Expedido por el Consejo Directivo de la ANH.
- Copia simple de la Resolución No. 407 de 2009 (octubre 20), “Por la cual se determinan los límites de las áreas Especiales que formarán parte de la Ronda Colombia 2010”¹⁰⁸, expedido por el Director de la ANH.
- Copia simple de la Resolución No. 006 de 2010 (enero 6), “Por la cual se modifica la Resolución No. 407 del 20 de octubre de 2009”¹⁰⁹, expedido por el Director de la ANH.
- Copia simple de la Resolución No. 188 de 2010 (mayo 20), “Por la cual se modifica la Resolución No. 407 del 20 de octubre de 2009”¹¹⁰, expedido por el Director de la ANH.

¹⁰⁴ Fl. 43 ibídem.

¹⁰⁵ Fls. 45-49 ejusdem.

¹⁰⁶ Folios 989-998 del cuaderno principal.

¹⁰⁷ Folios 999-1001 ídem

¹⁰⁸ Folios 1002-1014 del cuaderno principal.

¹⁰⁹ Folios 1015-1018 ídem.

¹¹⁰ Folio 1019 ejusdem.

- Copia del documento “CONTRATO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN DE HIDROCARBUROS – ANEXO A.- TÉRMINOS Y CONDICIONES”¹¹¹.
- Copia simple de la Resolución No. 1543 de 2010, del 6 agosto, del MMAVDT, “Por la cual se acogen los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos de explotación de hidrocarburos y se toman otras determinaciones”¹¹².
- Copia de la Resolución No. 1544 de 2010, del 6 de agosto 6, del MMAVDT, “Por la cual se acogen los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos de perforación exploratoria de hidrocarburos y se toman otras determinaciones”¹¹³.
- Documento “Términos de Referencia Sector Hidrocarburos – Estudio de Impacto Ambiental- Proyectos de Explotación de Hidrocarburos HI-TER-1-03” (2010)¹¹⁴.
- Oficio dirigido por el MMAVDT al Jefe de División de Litorales y Áreas Marinas de la DIMAR, de 21 de agosto de 2008, en el que se explican las condiciones bajo las cuales se autorizó la exploración sísmica 2D en el área del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹¹⁵, con base en el Concepto Técnico No. 061 de CORALINA¹¹⁶.
- Documento del MMAVDT en el que se describe la sensibilidad ambiental de la Reserva de la Biosfera *Seaflower*¹¹⁷.
- Documento “Prediagnóstico Ambiental de la exploración y explotación de hidrocarburos en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reserva de la Biosfera y Áreas Marinas Protegidas *Seaflower*”¹¹⁸, elaborado por el doctor en Ecología Tropical Germán Márquez Calle y allegado por CORALINA al expediente durante la Audiencia de Pacto de Cumplimiento, decretado como prueba de oficio por el Tribunal en el auto de 23 de agosto de 2011.

¹¹¹ Folios 2-68 del cuaderno de pruebas No.2.

¹¹² Folios 1023-1024 ídem.

¹¹³ Folios 1061-1062 ibídem.

¹¹⁴ Folios 1063-1095 del cuaderno principal.

¹¹⁵ Folios 1088-1090 ídem.

¹¹⁶ Folios 15-26 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹¹⁷ Folios 1093-1094 del cuaderno principal.

¹¹⁸ Anexo 2.

- Dictamen pericial rendido el 27 de octubre de 2011 por el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras - INVEMAR¹¹⁹, en el que pone de presente el cuestionario presentado por el *a quo* en relación con la zona objeto de acción, del cual se destaca:

“[...]

Las inquietudes planteadas se citan y se responden a continuación:

1. Determinar con base en los documentos que obran en el proceso y los que reposen en las entidades accionante y accionada, si los bloques CAYO1 y CAYO 5, de la cuenca de los Cayos tipo 2 y 3, respectivamente, se encuentran dentro de la zona de arrecifes de corales y manglares o pastos marinos de que tratan los párrafos 1 y 2 del artículo 207 de la Ley 1450 de 2011.

Teniendo en cuenta la cartografía oficial que representa la distribución de los ecosistemas de interés nacional según lo dispuesto por el Artículo 207 de la Ley 1450 de 2011, y la cartografía oficial de la delimitación de los bloques Cayos 1 y Cayos 5, se realizó una operación espacial de unión, con el ánimo de identificar las áreas traslapadas y no traslapadas de los ecosistemas de interés con respecto a los bloques mencionados. [...]

Como resultado de la operación espacial, se determina lo siguiente:

a. Las zonas de arrecifes de corales relacionadas con el bloque Cayos 1 corresponden al sector de Quitasueño, en el cual no se reportan áreas de manglar o pastos marinos. Como se observa en el mapa anexo (Anexo 4) el área definida como bloque Cayo 1, no se traslapa con las zonas de arrecifes de corales reportadas a la fecha.

*b. Las zonas de arrecifes de coral, pastos marinos y bosques de manglar relacionadas con el bloque Cayo 5, son las representadas circundando a las islas de Providencia y Santa Catalina, tal como se observa en el mapa (Anexo 4). El área definida como bloque Cayo 5, no se traslapa con áreas de pastos marinos o bosques de manglar, **sin embargo en el sector sureste del bloque sí se traslapa con un 2% del total de la cobertura de arrecifes coralinos reportados para el sector de Providencia.***

*De acuerdo a lo presentado en el mapa de tierras de la ANH, como parte de la cartografía que apoya este dictamen, las áreas correspondientes a las Islas de Providencia (ubicadas dentro del bloque Cayo 5) y de Quitasueño (dentro del bloque Cayo 1) en cuyo alrededor se encuentran identificadas áreas importantes de arrecifes coralinos, manglares y pastos marinos, se encuentran en un 98% excluidas para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. **Sin embargo, un 2% de las zonas de arrecifes coralinos de Providencia se encuentran dentro del Bloque Cayo 5 (Anexo 4 ventana 1).***

2. Con base en los mismos documentos de que trata el punto anterior, ubicar dentro del área concesionada (CAYOS 1 y 5), en que áreas, concretamente, habría una posible afectación de las especies de fauna y flora que conforman el complejo ecológico marino del Archipiélago.

¹¹⁹ Folios 50-51, envés y revés, del cuaderno de pruebas No.4.

*Teniendo en cuenta que entre la información que forma parte del proceso y la recolectada en las tres instituciones visitadas (Tribunal Contencioso Administrativo, Coralina y ANH) **no se presentaron las prospecciones de exploración y explotación que se realizarían para las áreas concesionadas, debido a que según se afirma en los documentos presentados por la ANH, para el momento en que se realizó esta acción popular aún no se habían realizado las debidas contrataciones con las empresas que ganaron las concesiones sobre los bloques Cayos 1 y 5. Por lo anterior, no nos es posible determinar en que lugares concretamente, habría una posible afectación de las especies de fauna y flora que conforman el complejo ecológico marino del archipiélago. Sin embargo, en la documentación revisada, la ANH afirma que como parte del proceso de concesión de los bloques "... en el momento en que se identifique durante la fase de exploración y explotación de hidrocarburos, la presencia de ecosistemas, la ANH exigirá al contratista adoptar y ejecutar las medidas del caso para preservar la integridad, de acuerdo a lo que se estipula en este tipo de contratos". Teniendo en cuenta lo anterior, el 2% de los arrecifes coralinos (cantidad expresada en referencia a los que si están en la zona de exclusión) que se encuentran dentro del bloque Cayo 5, deberían ser incluidos dentro de las medidas de adopción y ejecución del caso para preservar su integridad.***

*Igualmente, de acuerdo a los conocimientos señalados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible las demás especies y recursos que yacen en los fondos marinos de jurisdicción nacional gozan igualmente de protección, como se estipula en los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental en cuanto a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos mediante las resoluciones 1543 y 1544 del 6 de Agosto de 2010, las Guías ambientales emanadas por el Ministerio y a través de los compromisos que se imponen en el marco de las licencias ambientales que se soliciten. **Por lo anterior, a pesar de que el país no cuenta con estudios específicos sobre la afectación mediante sísmica, al existir algunas referencias bibliográficas a nivel mundial, sobre el efecto que éstas representan para los órganos auditivos y éxitos de captura de peces posterior a la actividad, en mamíferos marinos, calamares gigantes y tortugas marinas (Concepto técnico No. 061 de CORALINA sobre estudios del proyecto de adquisición de datos sísmicos por parte de la empresa PGS Geophysical A.S), se debe contemplar la realización de planes de contingencia por parte de los contratistas de las zonas concesionadas al realizar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, para proteger en su integridad física a la fauna especialmente la de importancia ecológica y económica del archipiélago (peces, mamíferos acuáticos, tortugas marinas por ejemplo) que se presente en el área que se esté trabajando específicamente.***

Por último, teniendo en cuenta la cartografía colectada (sic) en la visita pericial, se determinó que el área excluida para el bloque Cayo 1 corresponde a 238.548 ha y 133.146 ha para el bloque Cayo 5, las cuales abarcan entre otras las zonas definitivas como parte del Área Marina Protegida Seaflower de No Entry (zona de preservación) y No take (zona de conservación) entre otras (Anexo 5). En la figura del anexo se observa que existe un área de "amortiguamiento" entre el límite de la zona de exclusión y los ecosistemas de interés, que podrían favorecer su protección frente a los impactos de una eventual actividad que se realizara en sus alrededores. [...] (negritas fuera de texto).

Otros documentos, como la copia del informe de *United Nations Environment Programme –UNEP – Programa Ambiental del Caribe –PAC*, de 4 de abril de

2011¹²⁰, dirigido a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, en el que pone de presente su preocupación sobre la adjudicación de los Bloques para la exploración de hidrocarburos en la Reserva de Biosfera *Seaflower* y AMP, allegado por CORALINA al proceso; o el documento “Programa de Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Caribe y Pacífico Colombiano”, elaborado por Lorena Franco Vidal¹²¹, y aportado por REPSOL con la sustentación de su apelación, no pueden ser tenidos en cuenta. La Sala no puede pasar por alto el hecho que existen oportunidades preclusivas, legalmente regladas y conocidas por las partes, para aportar las pruebas que deseen hacer valer en el juicio; no siendo posible validar allegar evidencias de manera informal y extemporánea (artículo 173 del CGP), so pena de incurrir en una infracción del debido proceso de las partes contra quienes se quieren hacer valer tales medios probatorios.

B. Análisis de la objeción por error grave presentada por CORALINA contra el peritaje del INVEMAR:

De acuerdo con la parte actora¹²² el dictamen pericial elaborado por INVEMAR dentro de este proceso no puede ser tenido en cuenta porque:

- Se basó en una cartografía con serias imprecisiones en la localización y límites de los ambientes o comunidades marinas, probablemente como resultado del uso de mapas elaborados con sistemas de posicionamiento satelital que tenían restricciones e incorporaban factores de error en la precisión y localización de los puntos geodésicos. Según CORALINA, dicha cartografía “fue levantada con información de sensores remotos que datan de entre hace más de 10 y 40 años, utilizando fotos aéreas análogas que no tienen el nivel de precisión de las digitales que es la tecnología que se utiliza en la actualidad, lo que reduce ostensiblemente el nivel de confiabilidad y certeza de dichos datos”¹²³.
- Se limita a las áreas cartografiadas dentro del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, “que solo representan un 5% de la Reserva de la Biosfera *Seaflower* (...) Es decir que aproximadamente un 95% de la Reserva de Biosfera, incluyendo los bloques adjudicados por la ANH, son altamente desconocidos, su riqueza natural es ignorada incluso hasta para el INVEMAR.

¹²⁰ Folios 121-123 ejusdem.

¹²¹ Folios 833-924 del cuaderno principal.

¹²² Folios 59-64 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹²³ Folio 62 revés ídem.

Sin embargo se sospecha que ecosistemas tan singulares, importantes y vitales como los corales profundos podrían ubicarse allí”¹²⁴.

- No considera la probabilidad de existencia de corales profundos entre los 20 y 3000 metros, los cuales no se encuentran cartografiados, sin que por ello pueda descartarse su existencia, “máxime cuando se ha reportado la presencia de especies animales propios de estos ecosistemas en las zonas de influencia del departamento, lo que es indicativo de que pueden estar presentes, aun cuando no se hayan identificado plenamente”¹²⁵.
- Se limita a examinar los impactos de la prospección sísmica, dejando de lado sin ninguna justificación los de las fases del proyecto. Así, omite pronunciarse sobre los impactos de la etapa de producción de hidrocarburos¹²⁶.
- Se equivoca gravemente al afirmar que solo hay un solapamiento del 2% entre los bloques adjudicados y las zonas de corales, toda vez que esta conclusión se apoya en unos estudios que solo han llegado hasta los 20 metros de profundidad, “sin que se tenga dato científico alguno sobre el resto de la extensa área marina que cuenta con profundidades superiores y donde la existencia de diversas formas de vida es muy probable, entre ellas la presencia de corales profundos”¹²⁷.
- Se equivoca gravemente el INVEMAR al señalar que existe un área de amortiguamiento entre el límite de la zona de exclusión y los ecosistemas de interés, “ya que las actividades de exploración sísmica implican la propagación de ondas por muchos kilómetros en el medio marino, lo que afecta directamente los ecosistemas aledaños y su biodiversidad no solo en el área de interés, sino además en las áreas protegidas dentro de la Reserva de la Biosfera Seaflower y podrían contribuir con las tendencias negativas de reducción de abundancia natural de recursos tan importantes como el pesquero y la biodiversidad en general”¹²⁸.

Adicionalmente, CORALINA señala que el dictamen rendido no resulta confiable porque en junio de 2011, como figura publicado en la pagina web de la ANH, ésta

¹²⁴ *Ibídem.*

¹²⁵ *Ídem.*

¹²⁶ Folios 63 revés del cuaderno de pruebas No. 4.

¹²⁷ Folio 63 *ibídem.*

¹²⁸ *Ídem.*

suscribió un convenio con INVEMAR por valor de MIL SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.700.000.000.00) con el objeto de levantar una caracterización ambiental y de recursos naturales hasta profundidades de 1000 metros, con el fin de obtener la línea base ambiental y pesquera de la Reserva de Biosfera *Seaflower*, que brinde información relevante para la toma de decisiones sobre el uso de sus recursos¹²⁹.

Los señalamientos técnicos elevados contra el dictamen se apoyan en el informe técnico No. 733 de 2011¹³⁰, preparado por biólogos e ingenieros de la misma parte actora. Igualmente, con el fin de sustentar su objeción, pidió como pruebas que se oficiara a la ANH para que remitiera copia del convenio suscrito con el INVEMAR en 2011 con el fin de levantar la línea base ambiental para la Reserva *Seaflower*, y al INVEMAR para que certifique la escala de profundidad hasta las que han sido estudiadas y cartografiadas las comunidades bentónicas en las áreas de influencia de los Cayos 1 y 5 adjudicados por la ANH. Asimismo pidió que se tuvieran como pruebas el pantallazo en que consta la relación de contratos y convenios suscritos por la ANH, en el que figura el No. 8, celebrado con el INVEMAR con el objeto ya referido. Igualmente pidió que se tuviera como prueba el informe técnico No. 733 de 2011, que sirve de sustento a las objeciones técnicas formuladas.

Dos son, pues, los principales señalamientos que se elevan contra el dictamen del INVEMAR: el primero, las limitaciones que presenta como consecuencia de haberse efectuado sobre la base de una cartografía imprecisa e incompleta, toda vez que solo representa un 5% del área de la reserva, sin que se cuente con información sobre el 95% restante; y el segundo, la supuesta falta de imparcialidad del INVEMAR como consecuencia de sus vínculos convencionales con la ANH.

De acuerdo con los numerales 5, 6 y 7 del artículo 238 CPC, que detallan aspectos decisivos del trámite de la objeción:

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

¹²⁹ Folio 63 revés del cuaderno No. 4 de pruebas.

¹³⁰ Folios 73-81 ibídem.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.

De manera inexplicable el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés se abstuvo de dar este trámite a la objeción formulada por CORALINA. Como consecuencia de esta omisión se impidió la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora para fundamentar su oposición al dictamen pericial rendido. En consecuencia, un aspecto determinante para poder evaluar la precisión y credibilidad del peritaje, como es la certificación que se pidió requerir al INVEMAR de la escala de profundidad hasta las que han sido estudiadas y cartografiadas las comunidades bentónicas en las áreas de influencia de los Cayos 1 y 5 adjudicados por la ANH, no fue efectuado. Tampoco se efectuó el requerimiento a la ANH para que remitiera copia del convenio No. 08 de 2011 suscrito con el INVEMAR con el objeto de levantar una caracterización ambiental y de recursos naturales hasta profundidades de 1000 metros, con el fin de obtener la línea base ambiental y pesquera de la Reserva de Biosfera *Seaflower*. No obstante, en el expediente figura copia del pantallazo correspondiente a la relación de contratos y convenios suscritos por la ANH en 2011. En él consta la firma del convenio No. 08 con el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras José Benito Vives de Andrés (INVEMAR), con el objeto de “adelantar la caracterización ambiental y de los recursos naturales presentes en la reserva de biosfera *Seaflower* hasta una profundidad de 1000 mt. con el fin de obtener una línea base ambiental y pesquera de dicha región del país y de esta forma aportar al desarrollo sostenible y la planificación de las actividades económicas que se tienen programadas en el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, incluyendo entre otros el sector hidrocarburos, y de esta forma buscar la mitigación de conflictos de uso en la reserva a través de la generación de información ambiental que fortalezca los instrumentos de gestión para la toma de decisiones por parte de las autoridades ambientales del orden nacional, MMAVDT, y regional (CORALINA, y la gobernación de SAI)”¹³¹.

La Sala no se pronunciará respecto del argumento de la supuesta falta de imparcialidad del INVEMAR como resultado del convenio suscrito con la ANH,

¹³¹ Folio 65 del cuaderno de pruebas No. 4.

por estimar que no puede ser tomado en rigor como un razonamiento enderezado a probar un error grave en el peritaje cuestionado. Debe recordarse que el error grave que ha de acreditarse en una objeción, según lo ha indicado la jurisprudencia, hace referencia al yerro o vicio que “de no haberse presentado otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado”¹³².

Considera este Juez que aun cuando los argumentos expuestos por CORALINA permiten apreciar en su justo valor el dictamen objetado, toda vez que ponen de manifiesto el alcance espacialmente limitado de las conclusiones que se plantean en él (que cobijan solo una mínima parte del área de la Reserva), no tienen la entidad suficiente para fundamentar su objeción por error grave. Como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala, “[p]ara que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito”¹³³. Para la Sección Primera las objeciones planteadas y su fundamento antes que en acreditar el yerro en que supuestamente incurrió el perito, resultan eficaces para demostrar su alcance limitado, esto es, la imposibilidad de dar por buenas las conclusiones alcanzadas frente a la totalidad del área que constituye la Reserva, habida cuenta de los limitados conocimientos de los que se dispone en relación con la totalidad de la extensión que conforma la *Seaflower* y sus profundidades.

En efecto, en criterio de la Sala la pericia rendida, analizada en conjunto con el resto del acervo probatorio recabado a lo largo del juicio, resulta útil para reconstruir parte importante de lo que sucede en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. No obstante, sus conclusiones no son indicativas

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, C.P. Ruth Stella Correa. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 15 de abril de 2010, exp. 18.014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 1º de octubre de 2008, exp. 17.070, C.P. Enrique Gil Botero.

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, Rad. No. 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP). C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

más que lo que sucede solo en una fracción de dicho territorio. Esto, toda vez que si bien es claro para la Sala que el peritaje arroja una información relevante para resolver el caso, también lo es que tal como señala CORALINA en su objeción, este presenta una mirada apenas parcial a la zona de la Reserva de Biosfera *Seaflower* adjudicada por la ANH al consorcio integrado por ECOPETROL, REPSOL y YPF. De aquí que las conclusiones que ofrece deben ser analizadas y ponderadas a la luz de la sana crítica y con arreglo a las conclusiones que se desprenden de la valoración del conjunto de evidencias recaudadas.

Así, no cabe duda para este Juez Constitucional que la celebración entre la ANH y el INVEMAR de un convenio en 2011 que tiene por objeto realizar estudios que permitan obtener una línea base ambiental y pesquera para la zona comprendida dentro de la Reserva de Biosfera *Seaflower* es reflejo de la situación de actual desconocimiento de esta área a la que hace referencia CORALINA en su memorial de objeciones. Con ello se da credibilidad a la afirmación efectuada en el sentido de ser prevalente el desconocimiento de los fondos marinos de profundidad y los recursos que éstos albergan. Y con ello también se fuerza a limitar el valor que se da al peritaje rendido, cuyas conclusiones no pueden validarse más allá de la zona estricta que fue analizada y que es tomada en consideración por el INVEMAR para plantear la existencia de arrecifes coralinos.

Como señala ROCHA ALVIRA, el perito es un auxiliar de la justicia, no el juez mismo¹³⁴. Por esto su dictamen no es obligatorio para el juez, a quien le corresponde valorarlo. Mal podría edificarse un fallo sobre un dictamen que se muestra equivocado, arbitrario, confuso, parcializado o incompleto. En este orden, la autoridad judicial cuenta con plenos poderes para apartarse de él de manera razonada o para valorarlo en su justa medida, como se hará en el *sub examine* por los motivos expuestos. Por esto, aun cuando la Sala no encuentra mérito suficiente para declarar fundada la objeción por error grave que formula CORALINA frente al peritaje del INVEMAR, no cabe duda que con base en los argumentos expuestos por aquella en su memorial de objeciones y en el informe técnico que le sirve de soporte, queda claro que las conclusiones de dicho dictamen no pueden tomarse como definitivas respecto de la totalidad del área cobijada por la reserva.

¹³⁴ ROCHA ALVIRA, Antonio. *Derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1958, p. 311.

10.3.2. Las excepciones propuestas por la parte demandada:

En su calidad de parte demandada, la ANH propuso en su demanda las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa por parte de CORALINA, y de falta de jurisdicción para conocer de este asunto. En su criterio, la entidad legitimada para incoar la presente acción es el MMADS y no CORALINA, puesto que no tiene la competencia legal para expedir licencias ambientales en materia de exploración y explotación de hidrocarburos. Asimismo entiende que no existe objeto litigioso sobre el cual discutir, pues hasta que el MMADS no expida la correspondiente licencia ambiental para la exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos en el área de la Reserva *Seaflower* no es procedente hablar de la violación o amenaza del derecho colectivo al goce de un ambiente sano.

Para el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ninguno de estos argumentos resulta admisible: el primero, por encontrar que la legitimación en la causa por activa por parte de CORALINA fluye de lo dispuesto en la ley, toda vez que no se trata de la entidad que se señala como responsable de la afectación de los derechos colectivos cuya protección se reclama; y el segundo, en consideración a que según lo dispuesto en la ley 472 de 1998 en relación con el alcance de las facultades de administración de justicia del contencioso administrativo, “la jurisdicción está bien definida, como quiera que la acción popular se dirige contra una entidad pública”¹³⁵.

La Sala comparte enteramente el criterio del *a quo*. De un lado, en lo tocante a la supuesta falta de legitimación en la causa por parte de la autoridad ambiental demandante, es claro para este Juez Constitucional que nada empece la posibilidad de que CORALINA, en su papel de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción recurra al juez de acciones populares en defensa de los valores ambientales cuya protección le ha sido encomendada, ante su amenaza por decisiones adoptadas por otras instancias del poder público.

Debe recordar la Sala que en atención a su carácter de mecanismo constitucional de defensa de derechos colectivos, esto es, de intereses relevantes para la comunidad, con el fin de promover y facilitar su utilización por sujetos públicos y

¹³⁵ Folio 605 del cuaderno principal.

privados, el artículo 12 de la ley 472 de 1998 realizó una regulación amplísima de quiénes se encuentran habilitados para ejercer la acción popular. Así, la valoración de lo concerniente a la legitimación en la causa por activa debe necesariamente partir del análisis de lo allí preceptuado, de acuerdo con lo cual:

Artículo 12º.- Titulares de las Acciones. *Podrán ejercitar las acciones populares:*

1. *Toda persona natural o jurídica.*
2. *Las organizaciones No Gubernamentales, la Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.*
3. **Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión.**
4. *El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.*
5. *Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos o intereses (negritas fuera de texto).*

En este orden de ideas, para la Sala es manifiesto que la comprensión restrictiva de la legitimación en la causa que prohija la demandada, de conformidad con la cual lo establecido por el artículo 12.3 de la ley 472 de 1998 debe entenderse en un sentido muy limitado, que presupone que solo el MMADS goza de dicho atributo por ser el ente responsable del licenciamiento ambiental de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, resulta a todas luces infundada y, por ende, debe ser descartada. De un lado, desconoce la literalidad del enunciado normativo examinado e impone restricciones para el uso de la acción que no fueron previstas por el legislador. De otro, atenta contra el propósito deliberadamente garantista de la muy amplia regulación legal de este asunto, que no es otro que habilitar un número plural de sujetos de distinta naturaleza jurídica, composición política, extracción social y figuración dentro del engranaje estatal y social para ejercer esta acción, con el fin de reforzar y facilitar las posibilidades de defensa judicial de los derechos colectivos, en tanto que bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad. No precisa de grandes esfuerzos intelectuales ni de mucha imaginación reparar en lo inocua que habría devenido en la práctica la acción popular de haberse previsto por el legislador una regulación semejante a la que propone el apoderado de la ANH. Para la Sección Primera es indudable que parte central del éxito de este mecanismo procesal dentro del panorama jurídico nacional radica en la concepción abierta y plural con la que se regularon sus posibilidades de ejercicio. Finalmente, y si en gracia de discusión se admitiera que lo previsto en el artículo 12.3 de la ley 472 de 1998 no cobija de manera nítida el recurso judicial interpuesto por CORALINA, habría que señalar que la interpretación sobre la que se sustenta la excepción propuesta resulta contraria al principio *pro actione*. Ciertamente, no cabe

duda que de ser el caso, la referida (y puramente hipotética) falta de certeza sobre si procede o no la presentación de esta acción popular por una autoridad ambiental no habilitada por ley para decidir lo relativo a la licencia ambiental de la actividad que origina el conflicto (como es el caso de CORALINA en el *sub lite*), este principio impone preferir la interpretación que promueva una mayor efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia del sujeto que acude a ella en busca de tutela judicial efectiva y, algo decisivo en este supuesto, que brinde mayores posibilidades de defensa de los derechos colectivos invocados. En consecuencia, la negativa del Tribunal *a quo* a declarar la excepción propuesta se encuentra plenamente fundada y debe ser confirmada.

De otra parte, en lo que concierne a la supuesta falta de jurisdicción del contencioso administrativo para abordar el examen de esta causa, la Sala debe también manifestar su desacuerdo con lo planteado por el recurrente. En criterio del demandado se verifica esta circunstancia como consecuencia de no estar todavía ante una vulneración efectiva o consolidada de los derechos colectivos invocados, dada la falta de licenciamiento ambiental para las actividades a emprender. Para la Sección Primera, así planteado, este razonamiento encubre una discrepancia sustancial con las pretensiones de la demanda, por lo cual no puede disfrazarse de excepción previa algo que no lo es. Esto, toda vez que entendida la jurisdicción como “la facultad de administrar justicia”¹³⁶, no cabe duda que el contencioso administrativo la detenta en el presente asunto. Basta con revisar el artículo 15 de la ley 472 de 1998 para evidenciar lo anterior. De acuerdo con lo previsto por este precepto:

Artículo 15º.- Jurisdicción. *La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.*

En estas condiciones, como acertadamente lo señaló el *a quo*, por tratarse de una demanda de acción popular dirigida contra un ente estatal, como es el caso de la ANH, resulta indudable que se activan los poderes de la jurisdicción contencioso administrativa, sin que el hecho de no estar frente a un daño consolidado obstruya dicha situación. No puede olvidarse que por expresa disposición legal este medio

¹³⁶ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, Bogotá, Temis, 1961, p. 169.

de control tiene como vocación “**evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro**, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” (artículo 2 párr. 2.º de la ley 472 de 1998), y procede “contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o **amenacen violar** los derechos e intereses colectivos” (artículo 9 ídem). En consecuencia, el carácter consolidado de la afectación al derecho colectivo invocado en manera alguna constituye un presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción en esta materia. No en balde este medio procesal se ha caracterizado por la jurisprudencia administrativa como **un mecanismo de carácter preventivo**, sin perjuicio de presentar también dimensiones reparatoria, correctiva y/o restitutoria¹³⁷, según el caso y la función que en particular le imprima el actor popular en cada supuesto concreto.

10.3.3. Los señalamientos de fondo contra el fallo apelado:

Como se mencionó en el apartado 10.2 de esta providencia, resolver la controversia principal planteada en el presente asunto exige resolver una pluralidad de cuestiones señaladas por la entidad demandada y sus coadyuvantes en sus escritos de impugnación. Ellas hacen referencia al régimen de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en el Archipiélago de San Andrés (A), la aplicación del artículo 207 de la ley 1450 de 2011 (B), la supuesta orfandad probatoria de lo resuelto por el *a quo* (C), la aplicación del principio de precaución (D) y el principio de legalidad y su previsión de reglas especiales para el aprovechamiento de los recursos naturales en ecosistemas especiales como el que origina esta controversia (E). Cada uno de estos asuntos será tratada por separado a continuación.

A. La ausencia de una prohibición legal para adelantar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en general, y en la Reserva de Biosfera *Seaflower* en particular.

De acuerdo con los recurrentes, resulta desacertada la medida adoptada por el *a quo* toda vez que no existen normas legales que prohíban la actividad de

¹³⁷ Al respecto, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de mayo de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 2010 00609 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

exploración y explotación de hidrocarburos en la Reserva de Biosfera *Seaflower* no incluidas en el AMP. Siendo esto así, sugieren, la ausencia de prohibición debe equivaler a la permisión de una actividad legítima y de utilidad pública e interés social como es la ligada a la industria petrolera.

El razonamiento que exponen los recurrentes parece ceñirse a la lógica general que defiende el liberalismo político clásico, según la cual todo lo que no está prohibido está permitido para los particulares. Esta idea, inicialmente proclamada por la frase 2 del artículo 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según la cual “[n]ada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”, se encuentra hoy fuertemente relativizada. De hecho, aun cuando suele identificarse dicho principio con lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución en vigor, sus previsiones son completamente distintas. Así, mientras que el referido artículo 5 establece la consagración explícita del principio de libertad en el marco de la ley, el 6 de la Constitución Colombiana, según el cual “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, proclama un principio de legalidad estricto en materia de responsabilidad privada. En consecuencia, hablar hoy en Colombia como regla general de que todo lo que no está prohibido está permitido resulta infundado. Ello dependerá, esencialmente, del contexto particular en el que se pretenda aplicar dicha libertad y de su marco legal. Más aún cuando ello se hace en el ámbito de una reserva ambiental.

En efecto, si bien en gracia de discusión podría admitirse que por virtud del principio de libertad que impera en nuestro ordenamiento la idea de que solo aquello que prohíbe la ley se encuentra legítimamente excluido del círculo de posibilidades de actuación que tienen los particulares en un determinado ámbito territorial, ello no resulta extrapolable o predicable en el ámbito de las reservas ambientales. Como ha explicado la Corte Constitucional, “la constitución de reservas tiene fundamento en el sistema normativo del ambiente en la Constitución Política, pues ellas constituyen mecanismos para el manejo, la protección, la preservación, restauración y sustitución de los recursos naturales renovables”¹³⁸.

Siguiendo la lógica expresada por el artículo 47 del Decreto 2811 de 1974, que regula esta figura, la constitución de reservas por razones ambientales frente a una

¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-649 de 1997.

porción determinada de territorio o la totalidad de recursos naturales renovables de una región o zona apunta a facilitar la cristalización de objetivos de interés general, tales como la organización o prestación de un servicio público, la realización de programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o la asunción por el Estado del monopolio de su aprovechamiento y explotación. En últimas, como ha recordado la Corte Constitucional, “la institución de las reservas no obedece a un criterio unívoco, pues pueden existir reservas relativas a ciertos recursos naturales vgr. reservas en flora, fauna, agua, etc. o en relación con determinadas áreas del territorio nacional que están destinadas a algunos grupos étnicos o asegurar el manejo integral y la preservación de recursos naturales, mediante la constitución de parques naturales u otras modalidades con idéntico propósito, o a la consecución de una finalidad de interés público o social. Por lo tanto, cabe aseverar que la noción de reserva abarca un género dentro del cual caben múltiples especies”¹³⁹.

En consecuencia, **una característica de las zonas cobijadas por una reserva es la aplicación de normas especiales**, enderezadas a facilitar el cumplimiento de los objetivos que justifican su declaración. Ellas se sustraen, entonces, del régimen jurídico general. Para el caso de las reservas ambientales, es claro que tal situación supone una clara excepción al principio de libertad que prohíjan los recurrentes. De hecho, tal como lo proclama el parágrafo 2 del artículo 35 del Decreto 2372 de 2010 (compilado dentro del artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1076 de 2015), “[e]n las distintas áreas protegidas que integran el SINAP se prohíben todos los usos y actividades que no estén contemplados como permitidos para la respectiva categoría”. En otras palabras: solo está permitido aquello que expresamente ha sido autorizado por las autoridades respectivas. Ello no es más que el desarrollo de lo prescrito por los artículos 8 y 10 del CDB (incorporado a nuestra legislación por la ley 165 de 1994), de acuerdo con los cuales:

ARTÍCULO 8o. CONSERVACIÓN IN SITU. *Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:*

(...)

c) Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible;

(...)

i) Procurará establecer las condiciones necesarias para armonizar las utilidades actuales con la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;

(...)

¹³⁹ Ídem.

- k) *Establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas;*
l) *Cuando se haya determinado, de conformidad con el artículo 7o., un efecto adverso importante para la diversidad biológica, reglamentará u ordenará los procesos y categorías de actividades pertinentes; (...)*

ARTÍCULO 10. UTILIZACIÓN SOSTENIBLE DE LOS COMPONENTES DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:*

(...)

- b) *Adoptará medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica; (...)*

Así, aun cuando para la fecha en que se inició la controversia, esto es, 2011, la reserva de biosfera *Seaflower* declarada por la UNESCO no había sido incorporada al SINAP¹⁴⁰ (esto sucedió solo hasta 2014, por medio de la Resolución No. 977 de 2014 del MMADS, “Por medio de la cual se adiciona la Resolución número 107 del 27 de enero de 2005, con el fin de asignar una categoría de área protegida al “Área Marina Protegida de la Reserva de Biosfera *Seaflower*” y se le asignó la categoría de Distrito de Manejo Integrado), y por lo tanto desde una perspectiva formalista o de legalidad estricta se podría asumir que legalmente no tenía el tratamiento de una reserva (ya que su declaración por un organismo internacional solo imponía a las autoridades ambientales nacionales su priorización con el fin de adelantar acciones de conservación), en manera alguna ello resulta admisible. Esto, pues además de lo discutible que resulta tal postura desde el punto de vista del cumplimiento de buena fe de las obligaciones adquiridas por Colombia a nivel internacional, supondría desconocer que **tal calidad deviene directamente de lo establecido por la ley 99 de 1993**. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 37 de esta norma, “[e]l Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se constituye en reserva de la biósfera. El Consejo Directivo de CORALINA coordinará las acciones a nivel nacional e internacional para darle cumplimiento a esta disposición” (negritas fuera de texto); declaración legal que no tiene otro sentido que someter las actividades productivas que se pueden desarrollar en esta zona del país a un régimen especial, distinto, en atención a la singularidad, fragilidad y riqueza de sus recursos naturales.

¹⁴⁰ De acuerdo con el artículo 28 del Decreto 2372 de 2010 “[l]as distinciones internacionales tales como Sitios Ramsar, Reservas de Biósfera, AICAS y Patrimonio de la Humanidad, entre otras, no son categorías de manejo de áreas protegidas, sino estrategias complementarias para la conservación de la diversidad biológica. Las autoridades encargadas de la designación de áreas protegidas deberán priorizar estos sitios atendiendo a la importancia internacional reconocida con la distinción, con el fin de adelantar acciones de conservación que podrán incluir su designación bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el presente decreto” (artículo 2.2.2.1.3.7 del Decreto 1076 de 2015).

Siendo esto así, no cabe duda de lo legítimo que resulta sujetar los usos y aprovechamientos de los recursos naturales contenidos en el área del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a un régimen especial, en el que las actividades a desarrollar no se encuentran supeditadas al principio de libertad, sino a una habilitación previamente definida por las autoridades ambientales. Esto, sin que el hecho de no ser para 2011 parte del SINAP suponga obstáculo alguno, toda vez que se cuenta con una manifestación expresa del legislador en el sentido de reservar esta zona del territorio a la conservación, no siendo procedente exigir condiciones adicionales (como la incorporación de esa área al SINAP) para hacer efectiva la materialización de dicha voluntad.

Además, resulta imperioso recordar que el 10 de Noviembre de 2000, luego de las gestiones adelantadas en cumplimiento de lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 37 de la ley 99 de 1993, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina fue declarado Reserva de Biosfera por el Programa del Hombre y la Biosfera (MAB) de UNESCO. Ello, con la idea de permitir al Archipiélago promover un modelo de desarrollo sostenible mediante el cual se haga posible el ejercicio de actividades económicas que promuevan el progreso sin alterar ni afectar sus ecosistemas. Con este fin la UNESCO propuso un Plan de Manejo de la Reserva de Biosfera que apunta a contribuir a generar procesos que creen condiciones favorables para que el desarrollo social y económico se base en la sostenibilidad de las diferentes formas de vida, de los ecosistemas y de los recursos naturales. De acuerdo con este organismo internacional:

“Las Reservas de la Biósfera son áreas geográficas representativas de la diversidad de hábitats del planeta. Ya sean ecosistemas terrestres y/o marítimos, estas áreas se caracterizan por ser sitios que no son exclusivamente protegidos (como los parques nacionales) sino que pueden albergar a comunidades humanas, quienes viven de actividades económicas sustentables que no ponen en peligro el valor ecológico del sitio.

Así, las Reservas de la Biósfera cumplen tres funciones: la de conservación de los ecosistemas y la variación genética; fomento del desarrollo económico y humano sostenible; y servir de ejemplos de educación y capacitación en cuestiones locales, regionales, nacionales y mundiales de desarrollo sostenible”¹⁴¹ (negritas fuera de texto).

Las reservas de biosfera, según la definición de la UNESCO, son aquellas “zonas de ecosistemas terrestres o costero/marinos, o una combinación de los mismos, reconocidas en el plano internacional como tales en el marco del Programa MAB”¹⁴².

¹⁴¹ <http://www.unesco.org/new/es/santiago/natural-sciences/man-and-the-biosphere-mab-programme-biosphere-reserves/>

¹⁴² <http://www.unesco.org/new/es/santiago/natural-sciences/man-and-the-biosphere-mab-programme-biosphere-reserves/man-and-the-biosphere-programme-mab-more-information/>

Este programa arrancó a comienzos de 1970 en el marco de la decimosexta sesión de la Conferencia General de la UNESCO, y representa una iniciativa de carácter científico, interdisciplinario e intergubernamental que tiene como fin establecer bases científicas para cimentar a largo plazo el mejoramiento de las relaciones entre las personas y el medio ambiente. En 1995 la Conferencia General de la UNESCO aprobó el Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de Biosfera, en el que se definen algunos lineamientos sobre la gestión de estos ecosistemas.

En adición a lo anterior debe considerarse que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución No. 1426 del 20 de diciembre de 1996, reservó, alinderó y declaró el Área de Manejo Especial “Los Corales del Archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Cayos”, para la administración, manejo y protección del ambiente y de los recursos naturales renovables del área del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; y que dicha Área de Manejo Especial se encuentra conformada por las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los Cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Albuquerque y el grupo de Cayos del Este-Sudeste, y todos los demás islotes, cayos, bancos y atolones adyacentes y el mar territorial comprendido dentro de la jurisdicción del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los cuales presentan ecosistemas de alta productividad, diversidad biológica y las extensiones más importantes de ecosistemas coralinos del territorio nacional.

Por lo anterior, nada debe reprocharse al fallo de primera instancia por haber adoptado una decisión que supone hacer valer los especiales compromisos que legal e internacionalmente asumió el Estado colombiano frente a la conservación de los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la excepción del principio de libertad y la aplicación de un régimen jurídico especial, propio de las reservas ambientales.

B. El debate sobre la aplicación del artículo 207 de la ley 1450 de 2011 en el caso concreto.

Señalan los recurrentes que el artículo 207 de la ley 1450 de 2011 no es aplicable a la presente controversia, que se origina en la expedición de las Resoluciones No. 475 y No. 485 de 2010 por la ANH, esto es, decisiones previas a la promulgación de dicha norma. Y apuntan igualmente que con su aplicación al asunto *sub examine*,

el Tribunal amplió el alcance de la protección que dispensa este precepto a los ecosistemas de arrecifes coralinos, pastos marinos y manglares, pues está probado en el expediente que los bloques adjudicados no comprenden zonas en las que haya presencia de tales ecosistemas especialmente protegidos sino en una mínima proporción.

Para la Sala este señalamiento carece de pertinencia, dado que el fallo impugnado no se adoptó con base en la aplicación del artículo 207 de la ley 1450 de 2011. Esto, toda vez que si bien es cierto que dicha disposición supuso una toma frontal de posición del Gobierno frente al tema de la protección de los arrecifes coralinos, pastos marinos y manglares al prohibir y habilitar restringir en ellos el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera y de hidrocarburos¹⁴³, no lo es menos que en la sentencia apelada el Tribunal apoyó su razonamiento en un argumento que nada tuvo que ver con la aplicación de esta disposición. En efecto, pese a que al momento de formular el cuestionario al perito el entonces Magistrado Ponente pareció enfocar la controversia desde la óptica de la aplicación de esta norma¹⁴⁴, la lectura del fallo permite apreciar que su *ratio* fue otra. Para la Sala, ésta se encuentra en el reconocimiento que el objeto de la demanda no se reduce a buscar la protección de zona de arrecifes de corales y manglares o pastos marinos y de las especies de fauna y flora del complejo ecológico marino, sino que va más allá. Como afirma el Tribunal a folio 38 del fallo¹⁴⁵, “el libelo introductorio, se refiere a que se protejan los derechos colectivos a un ambiente sano, así como a la

¹⁴³ **ARTÍCULO 207. CONSERVACIÓN DE ECOSISTEMAS DE ARRECIFES DE CORAL.** Se dará protección a los ecosistemas de arrecifes de coral, manglares y praderas de pastos marinos de todas las zonas marinas de jurisdicción nacional definidos por el “Atlas de Áreas Coralinas de Colombia” y el “Atlas Las Praderas de Pastos Marinos en Colombia: estructura y distribución de un ecosistema estratégico”, elaborados por el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis”.

PARÁGRAFO 1o. En arrecifes de coral y manglares se prohíbe el desarrollo de actividades mineras, exploración, explotación de hidrocarburos, acuicultura, pesca industrial de arrastre y la extracción de componentes de corales para la elaboración de artesanías.

PARÁGRAFO 2o. En pastos marinos, se podrá restringir parcial o totalmente el desarrollo de actividades mineras, de exploración y explotación de hidrocarburos, acuicultura y pesca industrial de arrastre con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. El Gobierno Nacional, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la expedición de esta ley reglamentará los criterios y procedimientos para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. Los planes de manejo de las unidades ambientales costeras, deberán establecer pautas generales para la conservación y restauración, manejo integrado y uso sostenible de ecosistemas de arrecifes de coral. Para tal fin, corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible de los departamentos costeros elaborar los planes de manejo costero de las Unidades Ambientales Costeras, en un término no mayor a dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley, para lo cual, contarán con el apoyo técnico de los institutos de investigación. Los Planes deberán ser presentados al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para su aprobación mediante acto administrativo.

¹⁴⁴ Véase el auto de pruebas a folios 349-351 del cuaderno principal.

¹⁴⁵ Folio 623 del cuaderno principal.

existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, en un concepto más amplio que abarca no sólo la no intervención del ecosistema excluido legalmente, sino, de los impactos que podría aparejar cualquier actividad sea de exploración o explotación de hidrocarburos en la totalidad de la Cuenca, pues, muchos de los procesos marinos se originan y mantienen más allá del ámbito espacial que define una iniciativa o una estrategia de conservación o de ordenamiento del territorio”.

Esta situación lleva al *a quo* a plantear la siguiente reflexión, donde la Sala ubica la *ratio decidendi* del fallo impugnado:

Ahora bien, el sólo hecho de que el dictamen pericial hubiese encontrado: "...sin embargo un 2% de las zonas de arrecifes coralinos de providencia se encuentra dentro del bloque cayo 5..."; significa, ni más ni menos, que existe certeza sobre la zona donde se efectuarían las actividades de exploración y producción, lo que hace que de ninguna manera pueda considerarse como desfasada la preocupación de CORALINA from beginning, para incoar la presente acción con el objeto de buscar la protección a los derechos colectivos, tal como lo asumen los accionados.

Es necesario entender que, los manglares y las praderas de pastos marinos, sirven de protección y desarrollo de los primeros estadios para especies del recurso. Una vez que los individuos alcanzan el tamaño suficiente, se desplazan hacia los hábitat propicios para completar su ciclo de vida y es aquí donde están sujetos al aprovechamiento como recurso hidrobiológico. Estos hábitat pueden estar distantes muchos kilómetros de donde se inicia su desarrollo (p.ej. pesca de alta mar), por lo que es indispensable la protección en el ámbito espacial amplio.

Corroborando todo lo dicho en precedencia, el hecho de que la declaración del Seaflower establecida en el artículo 37 de ley 99 de 1993, no se limitara al área marina protegida AMP, sino, a la totalidad del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”¹⁴⁶.

Para este Juez Constitucional el pasaje anterior encierra la *ratio*, toda vez que más adelante, luego de referenciar distintas normas relevantes para la conservación de los ecosistemas, señala que en virtud de las decisiones adoptadas por la ANH en las Resoluciones No. 475 y 485 de 2010 se generó una amenaza para los derechos colectivos invocados por la parte actora, que amerita la protección del juez de acción popular, tal como se dispone en la parte resolutive del pronunciamiento. En efecto, según lo referido a folio 46 del fallo¹⁴⁷:

“Dichas adjudicaciones, fueron realizadas por la Agencia Nacional de hidrocarburos -ANH-, hecho generador de la AMENAZA que se cierne sobre la reserva de Biosfera Seaflower, AMP y aguas territoriales en general, que de continuar con ese proceso, lógicamente se permitiría la continuidad de la amenaza o eventual violación de los derechos colectivos al ambiente sano y al equilibrio ecológico.

¹⁴⁶ Folios 39 del fallo y 624 del cuaderno principal.

¹⁴⁷ Folio 631 del cuaderno principal.

Así entonces, el Tribunal encuentra una relación directa, entre las actuaciones realizadas por dicha autoridad y la amenaza que se cierne sobre la zona de reserva (...)”.

En estas condiciones, encuentra la Sección Primera que el reproche efectuado por los impugnantes respecto de la supuesta aplicación indebida del artículo 207 de la ley 1450 de 2011 al caso concreto resulta completamente descaminado, puesto que tal dispositivo normativo no fue tomado en consideración por el *a quo* al momento de fallar la causa.

C. El fundamento técnico y probatorio de la decisión apelada:

Los apelantes son conformes en señalar que la sentencia impugnada se dio por completo al margen de lo probado en el proceso, en especial en virtud de lo acreditado por el dictamen del INVEMAR, que puso de presente que solo se presenta un superposición de 2% del Cayo No. 5 y el total de la cobertura de arrecifes coralinos del sector de Providencia incluidos en el AMP.

Para la Sala, lo concluido en la sección B del apartado 10.3.1 de esta providencia respecto de la imposibilidad de tomar el dictamen pericial rendido por el INVEMAR como una prueba definitiva y concluyente respecto de la totalidad del área en la que se encuentra la Reserva de Biosfera *Seaflower*, habida consideración del limitado alcance de los estudios que se han efectuado hasta ahora de la totalidad de los fondos marinos de dicha zona del Caribe, la relevan de tener que ahondar en la consideración de esta censura, centrada en lo fundamental en reprochar el supuesto apartamiento injustificado del *a quo* de esta prueba. Esto, toda vez que no siendo ella la prueba capital, sino tan solo una más (y con un alcance limitado, conforme quedó visto en apartado precedente) de un acervo probatorio nutrido, capaz de ofrecer la posibilidad de mirar la realidad de la Reserva desde una perspectiva más amplia, no haber tomado la decisión final con base exclusiva en el dictamen pericial rendido en manera alguna resulta censurable. Tan solo expresa la materialización de la posibilidad legalmente amparada de fallar a partir de una lectura conjunta, analítica y omnicomprendiva del material probatorio acopiado a lo largo del sumario.

En criterio de este Juez Constitucional, analizada en conjunto a la luz de la sana crítica, la evidencia recaudada en el proceso brinda un sustento suficiente para establecer la fragilidad y riqueza excepcionales del ecosistema amparado por la declaración de Reserva de Biosfera de la UNESCO *Seaflower*, así como la amenaza que representa para esta zona y sus recursos el desarrollo de la actividad de

exploración y explotación de hidrocarburos proyectada. El documento “Prediagnóstico Ambiental de la exploración y explotación de hidrocarburos en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reserva de la Biosfera y Áreas Marinas Protegidas *Seaflower*”¹⁴⁸, así como el documento del MMAVDT en el que se describe la sensibilidad ambiental de la Reserva de la Biosfera *Seaflower*¹⁴⁹ y la comunicación de la Jefe de la Oficina de Asuntos Internacionales del MMAVDT, del 7 de noviembre de 2010, en la que informa a CORALINA sobre el interés por parte del Gobierno Nacional de presentar la Reserva *Seaflower* como propuesta de área piloto para ser listada bajo el Protocolo SPAW¹⁵⁰, entre otros, son parte esencial de este acervo, con fuerza de convicción suficiente para soportar la postura asumida por el *a quo* en relación con el impacto posible de tales actividades sobre el ecosistema isleño protegido. Máxime cuando, como pasa a verse enseguida, este material probatorio se analiza a la luz del principio de precaución o cautela. De aquí que tampoco puedan estimarse estos señalamientos.

D. La aplicación del principio de precaución en el caso concreto.

Alegan los apelantes la aplicación equivocada del principio de precaución, puesto que, en su sentir, se aplicó sin contar con certeza sobre las implicaciones ambientales de la actividad por desarrollar y se llevó más allá del ámbito de las decisiones específicas de las autoridades ambientales en relación con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, para extenderlo al campo de determinaciones contractuales, desprovistas en sí mismas de impacto sobre los ecosistemas.

Sobre el primer aspecto, destaca la Sala que resulta desacertado exigir certeza sobre los riesgos e implicaciones como condición para la aplicación del principio de precaución, toda vez que es justamente la incertidumbre sobre distintos aspectos riesgosos o nocivos de una actividad (sus efectos, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su producción, etc.) lo que cualifica el ámbito de aplicación de este principio y permite distinguirlo del principio de prevención¹⁵¹, también fundamental

¹⁴⁸ Anexo 2.

¹⁴⁹ Folios 1093-1094 del cuaderno principal.

¹⁵⁰ Fl. 43 *ibídem*.

¹⁵¹ Sobre la diferencia entre principio de prevención y precaución, véase la sentencia C-703 de 2010 de la Corte Constitucional. También CLAUDIA GAFFNER-ROJAS. “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 21 y ss.

para la protección de los ecosistemas. En efecto, de acuerdo con lo explicado por esta misma Corporación en el auto de 20 de mayo de 2016¹⁵²:

*“Habida consideración de los notables avances experimentados por la humanidad en materia científica y tecnológica en el curso del último siglo y del incomparable poder de afectación y destrucción de la vida y el entorno de sus desarrollos actuales, resulta imperioso admitir que no obstante ser mayores las amenazas que suscitan sus progresos son cada vez menores las certezas que ofrece la ciencia en cuanto a los riesgos que éstos comportan. Corolario de lo anterior es la necesidad de asumir como un postulado propio de la denominada sociedad del riesgo que **la acción del Estado en defensa de los intereses colectivos no puede estar siempre supeditada a la plena demostración de los peligros que conlleva una determinada actividad, producto o tecnología.** Si bien en otra época la acción estatal restrictiva de la libertad económica y de las facultades de los propietarios debía obedecer a razones probadas de amenaza cierta al interés general, en la actualidad la falta de certeza científica y la subsecuente imposibilidad de cuantificar o anticipar con total certidumbre los efectos nocivos de un determinado proceso o bien respecto del cual existe evidencia de su potencial peligrosidad no puede tornarse en una talanquera para que las autoridades emprendan las actuaciones que la Constitución, la ley y el Derecho Internacional esperan de ellas en pro de la defensa del ambiente, los recursos naturales o la seguridad y salud de la comunidad.*

Ahora bien, en tanto criterio orientador y parámetro habilitante para la gestión de riesgos en situaciones de incertidumbre cualificada, el principio de precaución reviste a las autoridades responsables de estas decisiones de una amplia discrecionalidad para determinar qué medidas concretas adoptar en cada caso. Ello dependerá, en lo fundamental, del nivel de riesgo advertido y de las evidencias que sustentan el temor de sufrir un daño grave e irreversible. Así, si el riesgo es considerado elevado y la amenaza de daño justifica una intervención estatal intensa se pueden tomar medidas como una regulación que condicione la realización de las actividades riesgosas a una autorización previa o que restrinja su desarrollo de manera temporal (suspensión) o definitiva (prohibición). Si en cambio la evaluación del riesgo no es especialmente grave o las evidencias que se tienen de su peligrosidad no son lo suficientemente sólidas para justificar la restricción de la actividad que lo origina, pero hay dudas sobre la inocuidad del producto o proceso, se pueden adoptar medidas menos incisivas como financiar programas de investigación sobre la materia, obligar a que se ofrezca al público una determinada información o limitar los canales de comercialización o venta del bien”.

A diferencia del principio de prevención, llamado a operar en ámbitos en los cuales se tiene claridad y certeza respecto de los impactos o implicaciones ambientales de una determinada actividad, producto o proceso, de manera que resulta imperioso anticipar, evitar o mitigar sus efectos nocivos sobre los ecosistemas, el principio de precaución tiene como característica habilitar la toma de decisiones en escenario de incertidumbre ocasionada por la complejidad propia de la acción que se desarrolla en ámbitos técnicos o científicos. Es, entonces, un mecanismo que busca impedir la parálisis de las autoridades frente a la ausencia de certezas respecto de las eventuales consecuencias negativas de una actividad, producto o proceso *prima*

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 20 de mayo de 2016, Rad. No. 73001 23 31 000 **2011 00611 01** (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

facie legítimo, así como la falta de resultados efectivos en la evitación de daños de la aplicación convencional de los instrumentos de policía administrativa contemplados para la generalidad de las situaciones reguladas por el Estado. En últimas, como establece el numeral 6 del artículo 1 de la ley 99 de 1993, de conformidad con este principio, “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”. En esta misma línea, el Preámbulo de la CDB hace referencia a este principio, señalando que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”. También apuntan en esta dirección el principio 15 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo¹⁵³, el artículo 3.3 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁵⁴ y el artículo 6 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces migratorios, adoptado el 14 de agosto de 1995.

En consecuencia, nada de extraño tiene apelar a este principio en un caso como el *sub examine*. Máxime cuando, como se destaca en el Informe Técnico No. 733 de 2011 presentado por CORALINA con la objeción del dictamen pericial, el desconocimiento de los fondos marinos y ecosistemas que aloja el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es aún muy significativo, y cuando, como se pone de relieve en el Prediagnóstico Ambiental de la exploración y explotación de hidrocarburos en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina,

¹⁵³ **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.

¹⁵⁴ **Artículo 3. Principios:** Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

(...)

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

reserva de la Biosfera y Áreas Marinas Protegidas *Seaflower*, las posibles implicaciones del desarrollo de la actividad hidrocarburífera *off shore* en esta zona del país serían notables tanto para los ecosistemas marinos como para los terrestres.

Ahora bien, en lo que hace a la imposición de su aplicación a una decisión contractual y no todavía ambiental en estricto sentido, la Sala tampoco aprecia en ello ninguna anomalía. Esto, porque pese de ser cierto que según lo prescrito por el numeral 6 del artículo 1 de la ley 99 de 1993 este principio debe ser atendido por las autoridades ambientales y los particulares responsables de impedir la degradación del medio ambiente, también lo es que se trata de un principio constitucional, que por lo tanto permea todas las decisiones de las autoridades públicas en los distintos campos de la acción pública, sin que el estar ante una decisión contractual sobre el manejo de un recurso natural no renovable pueda suponer un argumento válido para su no consideración.

Así, en cuanto a lo primero, ya ha destacado esta Sala que “[a] pesar de no figurar expresamente en el texto constitucional, el principio de precaución forma parte esencial de la Constitución Ecológica y como tal debe vertebrar las decisiones que adoptan en esta materia las autoridades pertenecientes a las distintas ramas del poder público. Esto, por cuanto al consagrar el artículo 79 de la Constitución el derecho de todos a gozar de un medio ambiente sano y proclamar el artículo 80 tanto el principio de desarrollo sostenible como la responsabilidad estatal de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”, el Constituyente estableció claros mandatos de protección, control y prevención de la degradación del ambiente, que además de imponer una significativa responsabilidad al Estado en este frente, fundamentan con solidez su rango de principio constitucional¹⁵⁵¹⁵⁶. En cuanto a lo segundo, no cabe duda que este principio, como todos los demás principios constitucionales, tienen por destinatarios al conjunto de autoridades y agentes del poder público. Además, en materia de conservación de los recursos naturales, el deber de tomar en cuenta las implicaciones ambientales de las acciones que se emprenden y determinaciones que se adoptan se hace manifiesto en virtud de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10 de la CDB, según el cual

¹⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. También, de la Sala Plena de esta Corporación, la sentencia del 5 de noviembre de 2013. Rad. No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 5 de febrero de 2015, Rad. No. 85001 23 33 000 2014 00218 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

los Estados firmantes, en la medida de lo posible y según proceda, deben integrar el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones.

En consecuencia, no resulta adecuado ni acorde con los principios constitucionales de desarrollo sostenible y de precaución segregar las diversas instancias públicas en compartimentos estancos que impiden la cabal operatividad de las disposiciones de la Constitución Ecológica. En tanto que expresión fundamental del pacto que ha suscrito nuestra sociedad con la naturaleza, las previsiones que conforman este bloque normativo superior deben ser acatadas y desarrolladas por todas las autoridades nacionales en cada una de sus actuaciones y determinaciones, sin distinción del ámbito material o sector en el que ejercitan sus competencias.

Por lo anterior, en absoluto resulta censurable la aplicación del principio de precaución en el asunto bajo revisión.

E. El principio de legalidad y el supuesto desconocimiento de los mecanismos de control, gestión, planificación y sanción previstos por la legislación de cara a promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Otro de los cuestionamientos elevados por los apelantes consiste en señalar que el fallo impugnado desconoce el principio de legalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que ignora que legalmente se han previsto mecanismos que hacen posible un aprovechamiento sostenible de los recursos del Archipiélago. Así, mientras que en la sección A de este apartado del fallo se examinó lo referente a la supuesta vulneración del principio de libertad, como resultado de la restricción de actividades que no habían sido legalmente excluidas, en este bloque corresponde evaluar si el hecho de haber previsto la legislación instrumentos de protección como la licencia ambiental o la posibilidad de fijar estándares más exigentes para el desarrollo de una actividad calificada como de utilidad pública e interés social como es la referente a la producción de hidrocarburos, supone una afectación ilegítima al principio de legalidad.

Para la Sala, el solo hecho de estar ante una situación para la cual el ordenamiento jurídico ha previsto distintos instrumentos jurídicos legalmente configurados (contrato de concesión, licencia ambiental, poder de inspección y control por parte

de la autoridad ambiental, etc.) no inhibe ni excluye la facultad del juez constitucional de acción popular para conocer del presente asunto. La naturaleza especial de su misión como garante fundamental de la efectividad de los derechos colectivos le permite conocer de las reclamaciones presentadas por cualquiera de los sujetos legitimados para su interposición cuando quiera que se considere que uno de estos bienes jurídicos esenciales para el tranquilo y adecuado desenvolvimiento de la vida en comunidad se encuentra amenazado o se ve afectado por la acción u omisión de una autoridad o de un particular. De lo que se trata, en últimas, es de preservar la efectividad de las disposiciones constitucionales. Por esto, en el ámbito de sus competencias, el juez contencioso administrativo de acción popular desempeña un papel trascendental de control de constitucionalidad concreto de las acciones y omisiones de las autoridades administrativas. En virtud de este papel, si bien no puede tomar decisiones que declaren con efectos *erga omnes* y fuerza de cosa juzgada constitucional la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, facultad reservada por el Constituyente a la Corte Constitucional (artículos 241 y 243), sí tiene la posibilidad de adoptar las medidas que estime pertinentes para asegurar el disfrute efectivo de los derechos colectivos constitucional y legamente amparados.

No puede perderse de vista que según el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 472 de 1998, el objeto de la acción popular no es otro que evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible. En estos eventos, en aras de asegurar la efectividad de los derechos colectivos amenazados o afectados, corresponde al juez adoptar las órdenes de hacer o de no hacer que sean del caso, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y haya lugar a ello y, de ser procedente, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible (art. 34 de la ley 472 de 1998). Esto, en desarrollo de lo previsto por el artículo 88 Superior y en concordancia “con el artículo 2 de la Constitución Política al establecer que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de marzo de 2014, Rad. No. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP). C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

Con todo, es claro que en los eventos en los cuales la supuesta amenaza o vulneración del derecho colectivo invocado resulta de una actuación *prima facie* ajustada a la legalidad, ello supone una carga especial para el juez constitucional, que tendrá que ponderar las circunstancias del caso concreto y determinar si en dicho contexto prevalece la legalidad aplicada por la autoridad enjuiciada o el interés colectivo defendido por el actor popular. Este análisis se llevará a cabo en el apartado siguiente de esta providencia.

10.3.4. Análisis del caso concreto: la conformidad de la medida adoptada con las exigencias del principio de precaución.

Para la Sala, la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se aviene a las exigencias jurisprudencialmente fijadas para la toma de decisiones al amparo del principio de precaución, toda vez que se verifica la presencia de los cuatro elementos señalados por la jurisprudencia administrativa para su aplicación, a saber: i) Incertidumbre científica acerca del riesgo; ii) evaluación científica del riesgo; iii) identificación del riesgo (grave e irreversible) y iv) proporcionalidad de las medidas¹⁵⁸. Enseguida se verificará la configuración de cada uno de estos elementos:

i) Incertidumbre científica acerca del riesgo.

Como ha explicado la Sala, este presupuesto “consiste en la indeterminación que se tiene en el ámbito de la ciencia para concretar la posible ocurrencia de un daño, indeterminación que obedece a la ausencia de plena evidencia sobre el carácter nocivo de una actividad.- Al no existir certeza absoluta sobre el efecto dañino que pueda producir la aplicación de una actividad, procedimiento o tecnología, el estado de la cuestión se torna imprecisa y por tanto la ocurrencia del daño es eventual, no cierta. En este punto resulta relevante precisar que no es posible hablar de incertidumbre científica respecto de actividades cuyos riesgos se encuentran plenamente determinados y conocidos, en estas materias se dirá que existe certeza científica acerca del riesgo y por tanto, la aplicación del principio de precaución se hace imposible”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁵⁹ Ídem.

Para la Sección Primera las limitaciones de la investigación de los fondos marinos y sus ecosistemas en el área adjudicada, tal como lo presenta CORALINA en el Informe Técnico No. 733 de 2011¹⁶⁰, son la evidencia de las condiciones de complejidad e incertidumbre en que se desarrolla lo referente a la exploración y explotación de hidrocarburos en el área de la Reserva *Seaflower*. Esto, por cuanto, como se expresa en dicho documento, “menos de un 10% del área se ha estudiado. Es así que hasta la actualidad solo se han logrado identificar aquellas zonas que por su cercanía o facilidad de acceso a tecnologías así lo han permitido”¹⁶¹. Y más adelante observa que a la luz de esta realidad, “no es posible determinar a ciencia cierta donde podrían estar presentes y cuál podría ser la distribución precisa de los corales profundos”¹⁶². La veracidad de estos planteamientos se corrobora, además, con la consideración de que el objeto del convenio suscrito entre la ANH y el INVEMAR tiene por objeto “adelantar la caracterización ambiental y de los recursos naturales presentes en la reserva de biosfera *Seaflower* hasta una profundidad de 1000 mt. con el fin de obtener una línea base ambiental y pesquera de dicha región del país y de esta forma aportar al desarrollo sostenible y la planificación de las actividades económicas que se tienen programadas en el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, incluyendo entre otros el sector hidrocarburos, y de esta forma buscar la mitigación de conflictos de uso en la reserva a través de la generación de información ambiental que fortalezca los instrumentos de gestión para la toma de decisiones por parte de las autoridades ambientales del orden nacional, MMAVDT, y regional (CORALINA, y la gobernación de SAI)”¹⁶³.

Así las cosas, dado el escaso nivel de estudio que por diversas razones se tiene de las profundidades del área que se pretende intervenir, y las pocas probabilidades de que se trate de zonas desiertas o sin vida, este primer presupuesto se encuentra verificado.

ii) Evaluación científica del riesgo:

¹⁶⁰ Folios 73-79 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹⁶¹ Folio 75 del cuaderno de pruebas No. 4.

¹⁶² Folio 75 revés del cuaderno de pruebas No. 4.

¹⁶³ Folio 65 del cuaderno de pruebas No. 4. El informe de gestión de la ANH en el año 2011, presentado en enero de 2012, documento público disponible en la página web de la entidad, permite confirmar la suscripción, el objeto y los fines perseguidos por este Convenio. Vid. p. 22. Este documento se puede consultar en: [http://www.anh.gov.co/la-anh/Informes%20de%20Gestin/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%202011%20\(PDF\).pdf](http://www.anh.gov.co/la-anh/Informes%20de%20Gestin/Informe%20de%20Gesti%C3%B3n%202011%20(PDF).pdf)

Según lo explicado por la Sala en la sentencia precitada del 11 de diciembre de 2013, “no es suficiente con que exista incertidumbre sobre la ocurrencia del daño, a ello debe sumarse que el riesgo sea evaluado científicamente y no sea producto de simples conjeturas, para lo cual habrán de identificarse las posibles consecuencias negativas. No basta con señalar que la aplicación de un producto, proceso, actividad o tecnología pueden causar graves daños ambientales, ello debe acompañarse de una descripción de los eventuales daños, descripción a la que se llega luego de la correspondiente investigación”.

En el caso *sub judice* el dictamen pericial del INVEMAR deja en claro que “el país no cuenta con estudios específicos sobre la afectación mediante sísmica” y reconoce que hay impactos sobre mamíferos marinos, calamares y tortugas marinas, así como afectación eventual de la pesca. Adicionalmente, el Informe Técnico No. 733 de 2011 presentado por expertos de CORALINA deja claros los riesgos que en el escenario de incertidumbre reinante puede representar para la biodiversidad el desarrollo de la actividad proyectada. De acuerdo con lo descrito allí:

*“(…) es ampliamente conocido que el origen geológico y las geformas presentes actualmente en el archipiélago son de tipo volcánico, los cuales se han formado hace varios millones de años sobre aguas profundas, esta condición hace que el fondo marino sea particularmente muy variable y compuesto por montañas submarina, fosas, planicies y atolones verdaderos, por lo cual interfiere con el flujo dominante de la corriente del Caribe, creándose un ambiente de dinámicas caóticas, con remolinos que nacen y desaparecen en la zona (Andrade y Barton, 2000), los cuales conforme se ha documentado por investigaciones científicas son claves en la conectividad y productividad regional (Oceanmet, 2009). **Estas conexiones naturales entre los ecosistemas, forman sistemas complejos que incluyen numerosos seres vivos y ambiente físico, que interactúan en diferentes escalas temporales y espaciales, permitiendo el intercambio entre energía y materia, dejando como consecuencia de estas interacciones una relación directa, es decir, que la afectación mínima en estos ecosistemas genera una fuerte presión en los ecosistemas que los rodean y por tanto en el ecosistema como un todo**” (negritas fuera de texto).*

Asimismo el documento Prediagnóstico ambiental de la exploración y explotación de hidrocarburos en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ofrece numerosos elementos de juicio para reafirmar la base científica objetiva de la calificación de riesgosa para los ecosistemas de la reserva que se puede atribuir a la actividad de exploración y explotación petrolera en esta zona. Además de señalar el valor y la importancia de sus formaciones coralinas, que representan el 77% de las áreas coralinas del país, su lento proceso de formación y escasa

capacidad de recuperación frente a la eventual producción de algún daños, este estudio pone de relieve el tamaño de los riesgos que asumiría el equilibrio ecológico de las Islas como consecuencia de la llegada de población y construcción de instalaciones necesarias para el desarrollo de esta clase de actividades. Esto, sin contar con sus posibles impactos sobre la economía y cultura de la región.

En consecuencia, existe base científica para hablar de riesgo en el desarrollo de la actividad que se proyecta desarrollar en esta área del Caribe nacional.

iii) Identificación del riesgo (grave e irreversible):

Se trata, según ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, “de cualificar los posibles daños que pueda causar la actividad antrópica, esto es, si el riesgo reviste el carácter de grave o irresistible según lo manifestaron quienes encontraron riesgos para la salud y el medio ambiente”¹⁶⁴.

Según lo expresado en los documentos referidos atrás, la Sala considera que la realización de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el área de la Reserva de la Biosfera genera un riesgo serio de traducirse en un daño grave para los recursos naturales de esa zona. En efecto, de acuerdo con lo expuesto por el Informe Técnico No. 733 de 2011, la evidencia científica recaudada hasta el momento a nivel internacional arroja datos significativos sobre el efecto de la sísmica en las capturas de peces comerciales, e indica que según los datos disponibles comporta una disminución notable en la población de especies demersales, pelágicas y pequeños pelágicos, al igual que en relación con mamíferos, tortugas marinas y organismos de menor complejidad molecular como las larvas de langosta y caracol. Y valora esto último como como un impacto grave para la supervivencia de las comunidades raízales, dada la importancia que tienen estos recursos para las actividades productivas que llevan a cabo¹⁶⁵.

En consecuencia, encuentra la Sala que también se cumple con este presupuesto para la aplicación del principio de precaución.

iv) Proporcionalidad de las medidas:

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁶⁵ Folio 77 envés y revés del cuaderno de pruebas No. 4.

Finalmente, se exige que la medida decretada o por decretar sea proporcional, esto es, que exista relación ponderada entre los fines que deben buscar la administración y los medios que esta emplea para conseguirlos. Consecuencia de ello la medida implementada o por implementar debe buscar un fin constitucionalmente admisible de interés general, ser adecuada para realizar dicho fin, resultar necesaria o indispensable para su logro y, por último, se proporcional en estricto sentido, es decir, reportar mayores beneficios para la comunidad que los sacrificios que comporta su aplicación para los bienes jurídicos que se restringen en nombre de la finalidad perseguida. De lo que se trata, según explicó esta Sala el auto de 20 de mayo de 2016 citado con anterioridad, “es de impedir la adopción de decisiones injustificadas y excesivas, e implica a la vez el reconocimiento de las libertades individuales como límite a la discrecionalidad que el principio de precaución atribuye a las autoridades en la búsqueda de medidas efectivas para enfrentar los riesgos cuya materialización procura evitar. En últimas, si bien es cierto que este principio autoriza a los poderes públicos para adoptar las decisiones que estimen pertinentes en aras de impedir la producción de daños graves e irreversibles al medio ambiente por el desarrollo de actividades riesgosas en relación con las cuales existen cotas significativas de incertidumbre, también lo es que el mandato de protección y efectividad de los derechos individuales contenido en los artículos 2º y 5º de la Constitución se traduce en la imposición de un límite a dicha prerrogativa; de modo que su ejercicio solo será legítimo en tanto que resulte proporcionado”.

Así las cosas, resulta evidente que el fin que se persigue no es otro que la salvaguarda de los valiosos intereses ecológicos presentes en el área de la Reserva de Biosfera comprendida dentro de los bloques adjudicados por la ANH para el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. La medida decretada por el Tribunal *a quo*, esto es, la orden de suspensión de las actividades que se venían adelantando es adecuada, toda vez que tiene como efecto inmediato hacer cesar la amenaza que ellas representan para ese ecosistema y los recursos naturales que aloja. Es necesaria, toda vez que ante la incertidumbre reinante en relación la existencia de formaciones coralinas y otras formas de vida en las profundidades del fondo marino de esa zona del Caribe resulta improcedente arriesgarse a supeditar el desarrollo de la exploración y explotación a formas más estrictas de regulación, que presuponen como mínimo un conocimiento cierto y completo de las características del torno a intervenir. De lo contrario, la falta de información sencillamente impide legitimar cualquier intento regulatorio que se quiera realizar, pues difícilmente se puede regular con acierto una actividad sin

conocer como mínimo las particularidades del medio sobre el que se va a realizar. Sin estos datos disponibles difícilmente pueden anticiparse o advertirse sus eventuales efectos. Algo crítico en un ecosistema tan singular y valioso como la Reserva de Biosfera *Seaflower*. Por último, la medida enjuiciada es proporcional en sentido estricto, toda vez que sus beneficios superan con creces las restricciones que sufre la actividad económica que se inhibe como consecuencia de su adopción. Tanto desde un punto de vista del desarrollo sostenible y de la solidaridad interregional, como de la solidaridad intergeneracional, no hay duda que la opción preferible es la de sacrificar las rentas que eventualmente podría generar la explotación de hidrocarburos en el Archipiélago, para en su lugar conservar la riqueza natural y cultural que aloja, la cual se podría ver seriamente afectada por causa del desarrollo. Además, la fragilidad y baja capacidad de recuperación de los arrecifes, que supone que cualquier accidente que puedan sufrir se traduzca en una afectación grave y poco reversible, sugiere fuertemente extremar las medidas de protección a favor de su conservación, como principal forma de asegurar la transmisión efectiva a las futuras generaciones de este legado majestuoso que nos concedió la naturaleza.

En conclusión, la Sala no encuentra razones para revocar el fallo apelado. Evidenciada la amenaza seria a los derechos colectivos ambientales invocados por la parte actora, se impone confirmar la decisión impugnada. Aunque parezca sorprendente, dado el avance de las actuaciones enderezadas al aprovechamiento de los recursos naturales alojados en esta zona por parte de la autoridad del sector hidrocarburos, el estado de los conocimientos de los que se dispone para poder establecer con certeza los impactos de la exploración y explotación de estos recursos en el área de la Reserva de Biosfera distan mucho de brindar seguridad sobre las condiciones que deben exigirse para que resulten conformes con los mandatos de conservación de la Constitución Ecológica. Ello sirve de base para aplicar el principio de precaución y recomienda que las autoridades administrativas involucradas persistan en el esfuerzo de recabar una información más completa, que haga posible la toma de las decisiones más apropiadas tanto desde el punto de vista técnico, como ambiental y económico para los intereses de la región, de la Nación y de la comunidad del Caribe.

Como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-339 de 2002, en virtud del principio de precaución y una de sus principales derivaciones, el criterio *in dubio pro natura*, “en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a

la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”. No puede la Sala pasar por alto que de conformidad con dicho criterio superior, sea que la duda a que se enfrente el operador judicial resulta de la interpretación de una norma, la colisión de bienes jurídicos o la valoración de unas pruebas, la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja¹⁶⁶.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la objeción por error grave formulada por CORALINA contra el dictamen pericial rendido por INVEMAR dentro del presente proceso.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 4 de junio de 2012.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Conjuez

¹⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-449 de 2015.