



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-0014-00 (57819)

Actor: ESTEBAN ANTONIO LAGOS GONZÁLEZ

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS

Referencia: NULIDAD SIMPLE

PURGA DE ILEGALIDAD-El vicio de nulidad del acto administrativo se sana o convalida por virtud de la expedición de una ley posterior. FRACKING-La Ley del Plan de Desarrollo autorizó la exploración y explotación de yacimientos no convencionales. FRACTURACIÓN HIDRÁULICA FRACKING-Los riesgos de la actividad no implica su prohibición, sino la realización pilotos que permitan evaluarlos y tomar las medidas correspondientes. DICTÁMEN PERICIAL-Su mérito probatorio supone la claridad en cuanto a sus conclusiones. TESTIGO TÉCNICO-Una opinión especializada sobre un asunto relevante no sustituye la prueba pericial. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN-La existencia de riesgos ambientales no impone la prohibición del fracking. JUEZ ADMINISTRATIVO-Su rol es de guardián de la legalidad y no de coadministrador. JUICIO DE LEGALIDAD CON BASE EN PRINCIPIOS-Inquietudes sobre el rol del juez y el alcance de sus decisiones basadas en principios. PRINCIPIOS Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN-Su aplicación extensiva desnaturaliza el orden jurídico.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión que adoptó la Sala en la sentencia de 7 de julio de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad instaurada contra el Decreto 3004 de 2013 y la Resolución 90341 de 2014, que previeron medidas para la exploración y explotación petrolera vía *fracking*.

1. En la aclaración de voto a la providencia de 17 de septiembre de 2019, que estudió la medida cautelar dictada por el entonces ponente, expuse los motivos por los cuales siempre, en la discusión de este asunto, sostuve que el asunto escapaba al ámbito de decisión del juez de la Administración, pues ya contaba con una autorización legal. En las bases del actual Plan Nacional de Desarrollo, en el aparte relativo a la seguridad energética, el legislador autorizó las investigaciones piloto con el fin de identificar los principales riesgos asociados a la exploración y explotación de yacimientos no convencionales (*fracking*). Esas bases hacen parte integral del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, según el artículo 2 de la Ley 1955 de 2019.



De allí que no se podían anular los actos demandados, dada la regulación legal sobre los yacimientos no convencionales. Además, como esta regulación fue posterior y está contenida en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que tiene prelación sobre las demás leyes (art. 341 CN), cualquier eventual vicio de ilegalidad de los actos administrativos fue purgado, es decir convalidado¹, por esa ley. El juez de la administración no tiene competencia para juzgar la validez de una ley, salvo en los eventos de excepción de inconstitucionalidad (art. 4 CN) o de inconveniencia (art. 9 CN).

2. La sentencia dio valor probatorio al dictamen pericial decretado de oficio. Entre los expertos que rindieron el dictamen no hubo unanimidad en cuanto a sus conclusiones.

El artículo 226 CGP dispone que el dictamen pericial tiene, en esencia, dos partes. La primera corresponde a una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica. La segunda impone que las conclusiones se ajusten a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada y respondan de forma concreta, clara, ordenada y sin ambigüedades a todos los puntos sometidos a su consideración por las partes. Por ello ¿podía tener mérito probatorio un dictamen de expertos en el que exponen conclusiones contradictorias frente a los puntos sometidos a su examen?

3. El proyecto dio valor probatorio a ciertos testigos y los catalogó como “técnicos”.

El artículo 220 CGP permite que el testigo emita verdaderos conceptos técnicos, cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia de su declaración. Así, de manera excepcional, cuando la persona que percibió los hechos sobre los que declara, además posee determinados conocimientos en ramas de la ciencia, se le habilita en las respuestas a su interrogatorio a emitir opiniones especializadas, que permitan la explicación de su declaración. En estos eventos, quien declara,

¹ Cfr Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de abril de 1982 Rad. 787 [fundamento jurídico 4]



además de narrar lo que percibió, emite un concepto acerca de las causas o motivos de lo sucedido.

Los testimonios no podían ser tratados como técnicos, pues no declararon sobre hechos que les constaran y sobre los cuales tuvieran una opinión como expertos. Se trató de una opinión especializada más que de un testimonio sobre hechos relevantes. Asunto para el que la legislación procesal previó una regulación específica: la prueba pericial.

4. La sentencia optó por una visión racional del “principio” de precaución.

Este postulado, tal como quedó redactado en el artículo 1.6. de la Ley 99 de 1993 y en el artículo 3 de la Ley 164 de 1994, no impone prohibiciones para el desarrollo de actividades por riesgos al medio ambiente. Este postulado supone que ante la existencia de esos riesgos las autoridades pueden establecer requisitos técnicos que tienen que cumplir los agentes del mercado. La sostenibilidad ambiental no supone, de “manera automática”, la prohibición para el desarrollo de tecnologías. El principio de precaución tiene como fin el manejo, control y gestión de esos riesgos.

La purga de ilegalidad bastaba para negar las pretensiones de la demanda. Los razonamientos sobre el juicio de legalidad con base en “principios”, en este caso, el de precaución, generan algunas inquietudes: La naturaleza abierta de postulados como el de precaución: ¿impone un nuevo juicio de legalidad que va más allá de la tarea tradicional de contrastar normas de diferente jerarquía y entra -sin proponérselo, claro está, en el terreno de la conveniencia y oportunidad ajeno a los jueces? En esa nueva tarea, de ser así, ¿el juez sustituye a la administración para determinar la decisión técnica que, en su criterio, se ajusta al “principio” invocado en la demanda? ¿cuáles son los parámetros que debe tener en cuenta el juez, que no es el experto en la materia, para definir la legalidad de un acto administrativo con base en “principios”? ¿de la discrecionalidad de la administración estamos pasando a la discrecionalidad judicial?



La tendencia a aplicar de manera “expansiva” todo un catálogo interminable de principios -fenómeno que podríamos denominar “colonización principialística”- desnaturaliza el orden jurídico. El problema real de los principios no radica tanto en su ambigüedad, pues esa es su naturaleza, sino en el exceso en su uso, so pretexto de ser integradores y pautas de interpretación. Por esta vía se está estableciendo un “ordenamiento jurídico”, que ya no está integrado por normas claras y estables, que provengan de una decisión democrática, sino por un entramado de principios que es incompatible con la seguridad jurídica, base fundamental de la convivencia ordenada.

Aunque en las decisiones judiciales no acostumbro a invocar doctrina, considero pertinente citar a Zagrebelsky quien, al finalizar su conocido texto, frente a la anulación del derecho positivo por la “principialística” moderna, concluyó de manera categórica —y con cierto sarcasmo— que los jueces no son los ‘señores del derecho’: “Si el derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático”².

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Firmado electrónicamente a través de SAMAI

² ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, p 153.