

**FISURAS JURÍDICAS EN EL RÉGIMEN DE PERMISOS AMBIENTALES DE
ESTUDIO DEL RECURSO HÍDRICO PARA PROYECTOS HIDROELÉCTRICOS**

ENRIQUE SANTANDER MEJÍA

DIRECTORA DRA. LUZ ELENA GARCÍA



**UNIVERSIDAD DE
MANIZALES**

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MANIZALES, JUNIO DE 2010

Índice

	Pág.
1. Introducción.....	6
2. Resumen	9
3. Palabras Clave	10
4. Planteamiento del problema	10
4.1 Pregunta de investigación	15
5. Justificación	20
6. Objetivos	21
6.1 Objetivo general	21
6.2 Objetivos específicos	21
7. Fundamentación teórica y jurídica	22
7.1 Marco constitucional	22
7.2 El derecho al agua, insumo de la generación hidroeléctrica	34
7.3 Agua y electricidad	37
7.4. Criterios conceptuales e históricos para la interpretación de los permisos de estudio dentro del Código de Recursos Naturales.	39
8. Propuesta metodológica de la investigación	49
9. El uso de recursos naturales renovables a la luz del	

derecho constitucional	51
9.1 Constitución política y medio ambiente	51
10. Permisos de estudio ambientales del recurso hídrico	57
10.1 Planeación de los proyectos	57
10.2 Permisos de estudio en la legislación	61
10.3 Aspectos principales de los artículos	63
10.4 Competencia para el otorgamiento de permisos de estudio.....	70
10.5 Concurrencia o conflicto de competencias	71
10.6 ¿Quién puede tramitar un permiso de estudio del recurso hídrico para generación hidroeléctrica?	76
10.7 Régimen de aguas en el Código Nacional de Recursos Naturales	78
10.8 Uso por ministerio de la ley.	78
10.9 Concesiones de aguas	80
10.9.1. Características de las concesiones de agua	82
11. El agua desde lo jurídico	84
11.1 Aguas en el Código Civil	84
12. Privatización del agua	92
13. Cuencas y vertientes	97
13.1 Sistemas hídrico-eléctricos	98
14. Naturaleza jurídica del agua	100

15.	Agua y economía	103
15.1	Impactos	106
15.2	Agua y política pública	111
15.3	Nuevas tendencias	112
16.	Fisuras jurídicas, y dificultades interpretativas en las normas de permisos de estudio	115
16.1	Dificultades prácticas	115
16.1.1	Posiciones respecto de las cuencas	119
16.1.2	Concurrencia de competencias	121
16.1.3	Intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial	123
16.2	Posición de CORPOCALDAS, con referencia a los permisos de estudio de recursos hídricos para adelantar proyectos hidroeléctricos	128
16.3	Salidas a la ausencia de procedimiento para otorgamiento de permisos de estudio de uso de agua para producción de energía eléctrica	130
16.4	Proyecto de Decreto para el trámite y otorgamiento de permisos de estudio para producción de energía hidroeléctrica.	133
16.5	Paralelo de permisos de estudio para diversidad biológica	

con permisos de estudio de recurso hídrico con fines energéticos.	136
17. Propuestas para salir de la crisis.	141
18. Bibliografía	143
19. Anexos	145

1. Introducción

El Derecho ambiental en nuestro país ya goza de una tradición, si se tiene en consideración el Código de Recursos Naturales Renovables, como la fuente de este derecho en el país y que va por los 35 años de vigencia. Sin embargo, a pesar de que en la práctica jurídica y legislativa, una legislación con la edad que tiene el Código de Recursos Naturales se considera agotada y comprendida, se presentan situaciones contempladas en el Código que representan problemas nuevos y álgidos que surgen en la medida en que el interés por los recursos naturales va creciendo y la sociedad reconoce un valor no sólo intrínseco sino económico de los mismos.

Tal es el caso de los permisos de estudio de recursos hídricos para la generación de energía eléctrica, que a pesar de estar contemplados en el Código de Recursos Naturales desde 1974, su aplicación práctica y problemática se da sólo desde 2008 sin que medie una razón jurídica que pueda considerarse como desencadenante.

En el presente trabajo, se analiza de manera detallada lo referente a permisos de estudio en general, la codificación de la cual proceden, las circunstancias jurídicas y políticas que enmarcaron su expedición, las posibles causas de su ingreso al mundo práctico y las dificultades en su otorgamiento.

Se hace también un estudio de los proyectos hidroeléctricos que necesitan o se benefician de los permisos de estudio, su importancia para la economía, su impacto en el ambiente y para el entorno social en el que se engastan, y las posiciones comunitarias respecto de los proyectos.

La identificación de las fisuras, como se han denominado en la presente investigación, se realizó a partir de la observación directa de situaciones concretas de trámite de permisos de estudio ante distintas autoridades ambientales involucradas en la expedición de este tipo de permisos, y la obtención de información oficial de dichas autoridades por medio de derechos de petición, a fin de conocer posiciones oficiales institucionales en los temas complejos identificados desde el punto de vista del derecho y de la aplicación práctica de los permisos.

Las principales dificultades del trabajo de estudio se relacionaron con la novedad absoluta del tema y la precaria investigación en derecho ambiental que se ha hecho en el país, por lo que no fue posible tener información de apoyo para analizar el tema de los permisos de estudio ambientales, además de la posición crítica que se debe asumir frente a las autoridades ambientales, que hacen su trabajo dentro de la más estricta responsabilidad y buena fe, pero con las que no se comparten posiciones jurídicas. Igual comentario cabe para los desarrolladores de proyectos hidroeléctricos.

La principal contribución del trabajo radica en que de sus conclusiones, las autoridades encargadas de otorgar y reglamentar los permisos de estudio pueden encontrar elementos para una u otra actividad. Otro importante aporte consiste en fijar un ejercicio pionero en la investigación en derecho ambiental en Colombia, en lo referente a instrumentos administrativos para la planificación de uso de recursos naturales renovables.

Igualmente, este trabajo de investigación contribuirá a la solución de los conflictos que se están presentando en el uso de agua asociada a proyectos hidroeléctricos,

y el hecho de identificar dentro del proceso cuáles son los vacíos jurídicos puede dar pautas para una interpretación y aplicación adecuada al espíritu de la norma.

2. Resumen

Este trabajo busca principalmente, identificar las fisuras jurídicas que existen en la legislación ambiental colombiana respecto de los permisos de estudio para uso de recursos hídricos, en especial, para proyectos hidroeléctricos. El estudio de tipo analítico, con objeto en la normativa en general para llegar al caso particular del régimen de otorgamiento de permisos de estudio para uso de recursos naturales renovables.

Su relevancia teórica y aplicativa se fundamenta en que es un tema poco explorado desde la perspectiva propuesta y que se relaciona con un elemento vital como lo es el agua. Los resultados obtenidos se relacionan con la identificación de fisuras jurídicas en la norma: la aplicación laxa que las autoridades ambientales dan al alcance de los permisos de estudio al otorgarlos sobre cuencas o sobre fuentes y las concurrencias de competencia para el otorgamiento de los permisos; así como el origen de esas fisuras, de igual forma, el trabajo cuenta con un apartado propositivo en el que se plantean algunas recomendaciones a partir de las cuales podría iniciarse el proceso de superación de las fisuras identificadas.

3. Palabras Clave

Derecho ambiental, Recurso hídrico, Permisos de estudio ambiental, Proyectos hidroeléctricos, Agua.

4. Planteamiento del problema

En la actualidad, la pugna por el agua para la generación eléctrica, ha arremetido entre desarrolladores de proyectos sea públicos o privados, a causa de la especulación que con la misma, pretende hacerse al plantear proyectos hidroeléctricos, especialmente, a través de los permisos de estudio ambientales.

Además de su importancia biológica, el agua ha sido el transformador tecnológico que desencadena los procesos de acoplamiento tecnobiológico de la raza humana, es decir, que no sólo para existir como seres vivos sino para adecuar su nicho, el hombre depende indefectiblemente del agua.

Tal vez en el campo del conocimiento o de los intereses humanos en que el agua ha sido más injustamente tratada es el de la economía. Para los cálculos económicos, el agua, se ha considerado un bien gratuito, apropiable a voluntad, sin dueño y del que es posible lucrarse sin pagarlo a nadie. Ese tratamiento se debe seguramente al concepto de disponible, renovable e inagotable del agua. Se tiene el convencimiento que el agua se crea sola, que es autopoietica, que nunca se acaba, que esta ahí para quien quiera usarla, que a nadie le interesa para qué

se usa y que su existencia en estado puro y en abundancia es una “obligación” de la naturaleza para con el hombre.

Pero los hechos modernos evidencian otra realidad. La causa de muerte por escasez de agua, por consumo de agua contaminada, por inundaciones y desastres naturales atribuibles al agua, demuestra que el agua se agota, y que su equivocada gestión va en contra de la perduración de la vida.

El agotamiento de las fuentes de agua, donde tradicionalmente era abundante, el derretimiento de los glaciares, la irregularidad y abundancia de temporadas de lluvias, la contaminación por desechos industriales o humanos, son hechos noticiosos diarios, que no podemos evitar pero que sí ponen a reflexionar si hay culpa del hombre en la degradación hídrica.

En ese sentido, en 2009 editorializó el periódico El Tiempo en artículo llamado “Minas versus Ambiente”:

Un reciente informe de la Unidad Investigativa de este diario reveló que más de 41.000 hectáreas de páramos, bosques, selvas y corales marinos del país estarían en riesgo por cuenta de permisos de exploración en el subsuelo, entregados por Ingeominas. Como si eso fuera poco, al menos 17 títulos mineros están en áreas pertenecientes a 15 parques naturales, de los cuales tres fueron otorgados con posterioridad a la expedición del Código de Minas. Esa situación ha llevado a un enfrentamiento entre los ministerios de Minas y de Ambiente, mientras voceros del sector extractivo afirman que unos quince proyectos están paralizados por supuesta falta de claridad en las reglas de juego.

En su informe sobre el agua en Colombia de la Defensoría del Pueblo llamado “Diagnóstico del cumplimiento del Derecho Humano al Agua en Colombia”, se expresa que los diferentes componentes que involucran al derecho humano al agua: la disponibilidad y sostenibilidad del recurso hídrico; el acceso a plantas físicas de abastecimiento, la asequibilidad económica, la no discriminación y el acceso a la información, y finalmente, la calidad del agua (no debe contener microorganismos o sustancias que amenacen la salud) se concluyó entre otros: “Hay 14,4 millones de personas que viven en riesgo de escasez de agua, alta y media alta, y más de 20 millones de personas registran una situación de vulnerabilidad alta o muy alta de abastecimiento de agua futura”. Disponible en: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0301&_secc=03&_ts=2&_n=594
Recuperado el 15 de junio de 2010.

A propósito de la iniciativa de reforma constitucional, elevando el derecho al agua a derecho fundamental, se pronunció el 2 Mayo de 2009 en la página editorial del Diario El Espectador el investigador Alfredo Molano Bravo en el artículo titulado “Agua: ¿derecho fundamental o mercancía?”

Hace poco más de seis meses se presentaron ante la Registraduría los dos millones de firmas que acreditaban la revisión por parte del Congreso de la República del Referendo del Agua.

La iniciativa busca que el acceso al agua sea declarado un derecho fundamental consagrado por la Constitución. Es decir, un derecho que garantice la conservación de la vida en general, la humana, la animal, la vegetal. Ello significa impedir que el agua sea considerada en adelante como una mercancía. El defensor del Pueblo, Vólmar Pérez, presentó esta semana

un diagnóstico escalofriante del estado crítico en que se halla el país en cuanto al cumplimiento del derecho humano al agua de 14 millones de personas que viven en riesgo de escasez; nueve millones no tienen acueducto; la mitad de los municipios del país no tienen agua las 24 horas; 13 millones no tienen alcantarillado, y la mayoría de las aguas que botan a los ríos son negras; los servicios de agua y alcantarillado andan por encima de la inflación; los ricos consumen tres veces más agua que los pobres. “Los campesinos, los indígenas, los raizales y los afrocolombianos tienen coberturas de acueducto y alcantarillado por debajo del promedio nacional.

El calentamiento global, la ganaderización y la palmarización del campo, la destrucción de páramos y selvas, el envenenamiento de ríos y cauces, la apropiación privada de acuíferos, la construcción de hidroeléctricas y autopistas, hacen cada día más escasa el agua y mejor el negocio de su privatización. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna183685-sed>. Recuperado el 15 de Junio de 2010.

El derecho ambiental, tal vez una de las ramas jurídicas más recientes, ha asumido el estudio de los recursos naturales renovables por separado, es decir, un régimen especial para cada uno, ya sea teniendo en cuenta el recurso natural como tal o un impacto ambiental negativo específico causado en un caso concreto, por ejemplo la contaminación hídrica. Con este mismo sistema de codificación el recurso hídrico tiene su propio capítulo en el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables con reglamentaciones específicas en lo que tiene que ver con el uso de las aguas para diferentes propósitos, el control de la contaminación hídrica, el manejo de cuencas hidrográficas, el suministro de agua como servicio público entre otras.

Se hace necesario pensar en el agua como un recurso agotable, no como recurso no agotable, como se hace hasta ahora, pues es esa concepción de “no agotabilidad” o renovabilidad automática, la que permite que con el agua se hagan todo tipo de negocios y transacciones, al partirse de la falacia de que ningún negocio con el agua esta prohibido, ya que hay tanta, que el que la quiera comprar lo puede hacer.

Los permisos de estudio ambientales son un campo problemático en el derecho ambiental. Por un lado, su creación y estipulación como norma en la legislación ambiental es tan antigua como el Código de Recursos Naturales, que en sí mismo es una de las primeras legislaciones ambientales en el mundo codificadas, y como mecanismo de intervención ambiental y acceso de los particulares a los recursos naturales renovables es novísima. Con lo anterior, se quiere decir que las normas sustantivas de permisos de estudio ambiental tienen cierta antigüedad, pero sólo hace unos pocos años los particulares están exigiendo a las autoridades ambientales que las pongan en práctica.

El estudio de los problemas de derecho ambiental se hace día a día más urgente. La velocidad de los deterioros ambientales y la necesaria intervención jurídica desde lo legislativo, lo administrativo y lo judicial, va abriendo espacios de reflexión acerca de la naturaleza, bondad y eficacia de las normas, la correcta administración del medio ambiente y los recursos naturales renovables por parte del Estado y los organismos especializados en su administración, el cumplimiento de las normas y órdenes ambientales por los particulares, el control de los organismos fiscalizadores, y la correcta aplicación de justicia en asuntos y conflictos de raigambre ambiental.

4.1 Pregunta de investigación

¿Cuáles son las fisuras jurídicas existentes en la legislación ambiental colombiana respecto de los permisos de estudio para uso de recursos hídricos en proyectos hidroeléctricos?

Los proyectos hidroeléctricos tradicionalmente se han considerado como altamente impactantes, y a partir de mediados de la década de los 90, básicamente con posterioridad a la Ley 99/93, los requisitos gubernamentales para adelantarlos se han endurecido, y se requiere un gran músculo financiero para realizar los estudios ambientales que exigen las autoridades ambientales. El permiso de estudio, procede de una época legislativa donde los requisitos ambientales eran más laxos, y obtener uno, significa una punta de lanza con la que se demuestra la propiedad de un proyecto hidroeléctrico sin necesidad de invertir en costos ambientales.

Esa situación ha facilitado que inversores pequeños, sin posibilidades reales de adelantar el proyecto para el cual solicitaron el permiso de estudio, pero con habilidad y percepción de la oportunidad, se queden con los permisos de estudio, poniendo en jaque la planeación hidroeléctrica del país.

La investigación que se presenta a continuación, pretende a través del análisis de las normas, jurisprudencias ambientales, la realidad del mercado eléctrico, las teorías de desarrollo y la organización institucional ambiental, identificar las fisuras jurídicas en el régimen de permisos de estudio ambientales, y alternativas ante la existencia de las fisuras identificados.

De acuerdo con el periódico El Colombiano del 21 de Septiembre de 2008, recientemente se desató una avalancha de solicitud de concesiones y licencias para generación hidroeléctrica, y al parecer se está propiciando el fenómeno de especulación de las fuentes hídricas involucradas. La creciente cantidad de solicitudes se debe a un reciente crecimiento en la construcción de microcentrales de energía en las zonas de potencial hidroeléctrico.

La situación planteada va más allá de copar la capacidad institucional de las autoridades ambientales encargadas de otorgar este tipo de permisos, Corporaciones Autónomas Regionales, y trasciende a fenómenos de acaparamiento que se empiezan a insinuar. Ello porque existen casos de numerosos pedidos de permisos de estudio en cabeza de una sola persona, directamente o a través de diferentes figuras como sociedades.

En derecho, se pueden hacer todas las solicitudes, pero se vislumbra un cierto sistema de acaparamiento que es preocupante. Esta inquietud, que ya se extiende al orden del gobierno central, puede generar un desorden en el tema hidroenergético.

¿Y por qué tal demanda? Una de las explicaciones es que se presenta una situación coyuntural de orden normativo, porque existen una cantidad de reglas para el acceso a este tipo de procesos y la mayoría de la gente considera que mediante una simple solicitud a la Corporación Autónoma se adquieren un conjunto de derechos. Sin embargo, hay una situación fáctica: se ha sobrepasado el número de proyectos que puede adelantar el sector público y tampoco se pueden atender de manera técnica y objetiva, sin que se entre en el campo de la negociación de licencias o permisos, que es lo más preocupante.

Se hace necesario lograr un consenso con los ministerios de Ambiente y de Minas y Energía para encontrar soluciones no sólo en el orden regional, sino también nacional. Se deben fijar reglas claras y ordenar el proceso de forma sistemática, de forma tal que se resuelvan asuntos de tipo normativo, con el fin de impedir el acceso de proyectos que no tengan los recursos suficientes para la atención integral de los mismos, que no impliquen negociar las normas, sino conocerlas y además, en un documento técnico-jurídico se conjugue información y claridades reglamentarias para que nadie entre en la confusión de considerar que, por el simple hecho de solicitar una concesión o licencia, ya se tiene aprobado el proyecto.

La primera solicitud bloquea otras solicitudes posteriores, y en la mayoría de los casos los solicitantes de permisos de estudio son de carácter privado, con algunas pocas excepciones de entidades públicas, que han reaccionado ante el peligro de quedarse sin proyectos para desarrollar.

Ese proceso comienza con una solicitud de permiso de estudio, en el que se determina un tramo específico de una fuente y se entrega un permiso por un máximo de dos años al solicitante para que investigue el cálculo hidrológico. Cuando el inversionista y el equipo técnico tienen la información hidrológica que requiere para los diseños, se puede desatar el procedimiento, pero mientras en esa fuente haya un permiso de estudio vigente, ésta se bloquea por completo.

El que cumpla con los requisitos de la solicitud adquiere un derecho de sostener mínimo por un año y máximo por dos, el proceso de estudio de la cuenca o fuente. Aquí está una de las debilidades de la normatividad pues para proyectos serios, entre solicitud, estudios y construcción, puede tomarse hasta siete años, lo que aterriza la ambición de quienes pretenden incursionar en el sector.

El principal problema radica en que solicitudes poco fundamentadas están bloqueando a quienes eventualmente ya tenían información sobre las cuencas y fuentes y no habían pedido el permiso de estudio. Este suele ser un primer traumatismo en el proceso, donde puede suceder que hay interesados en bloquear esas fuentes temporalmente para atender el tema de las licencias y entrar en un mercado inconveniente.

En la práctica un proceso con buena ingeniería para un proyecto pequeño, de 8 megavatios que es un proyecto promedio, que requiere concesión de aguas, pudo tomarse año y medio y dos años entre la solicitud, estudios y concesión, pero se observa que el proceso completo, desde el inicio hasta la generación, puede ser de cerca de siete años. Esto es teniendo los capitales, la certeza de flujos de caja, asegurándolos en términos de construcción e ingeniería y respeto de todas las condiciones ambientales.

Un proyecto como el presente resulta indispensable para que las corporaciones tengan buena información sobre sus fuentes y criterios técnicos para decidir si una solicitud sobrepasa una capacidad específica del medio y con base en ello, se pueden tomar decisiones que aseguren el buen manejo del recurso hídrico.

Con muchos de los permisos radicados se pueden presentar abusos quedando la duda sobre la equidad existente entre quien simplemente solicita autorización de estudio sin criterios técnicos consolidados, frente a quien presenta un estudio técnico soportado, pidiendo una licencia ambiental o concesión de aguas. Debe abocarse de manera inmediata la solución del problema desde el punto de vista jurídico, asimismo evitarse las fisuras jurídicas en el régimen de estos permisos de estudio, porque se están cometiendo abusos, pues es diferente presentar un

número significativo de solicitudes, con estudios finales, lo cual tiene mérito, al correrse un riesgo de que se niegue la solicitud, dados los altos costos de los estudios, pero otra muy diferente, es la situación actual, en la que se hace una gran número de solicitudes de permisos para estudio, que se conceden por dos años, renovable para otros dos, hay una clara especulación.

5. Justificación

Ante el interés inusitado en la obtención de estos permisos, cabe preguntarse desde el ámbito académico, a qué se debe este, qué derechos sobre los recursos naturales renovables se obtienen, cómo deben actuar las autoridades ambientales ante estas solicitudes, qué conflictos se pueden presentar con otras normatividades como la de servicios públicos en caso de solicitudes de permisos sobre recursos para prestar servicios públicos, relación de la expectativa de uso que se da con los permisos de estudio con situaciones consolidadas como las que se dan con usos autorizados en concesiones de agua de dominio público y licencias ambientales.

De igual manera, los sectores público y privado que desarrollan su actividad empresarial con el uso de recursos naturales renovables, requieren seguridad y reglas de juego claras al tramitar los permisos de estudio, pues las actividades de uso y aprovechamiento de recursos naturales corresponden a actividades lícitas, enmarcadas dentro de la libertad de empresa, y que además en el caso de uso para prestación de servicios públicos, son de interés general, además que representan alternativas interesantes para países como Colombia con gran disponibilidad de recursos naturales renovables.

Hay otras cuestiones de carácter político, más que jurídico como son el uso de recursos naturales de un país en beneficio de otros, el uso de recursos por multinacionales, la privatización de recursos naturales que en principio pertenecen a la Nación, y otros aspectos que se analizarán tangencialmente, pero que constituyen nuevas aristas de los problemas surgidos de los mecanismos de planificación ambiental.

6. Objetivos

6.1 Objetivo general:

Identificar las fisuras jurídicas que existen en la legislación ambiental colombiana con respecto a los permisos de estudio para uso de recursos hídricos, en especial para proyectos Hidroeléctricos.

6.2 Objetivos específicos

- 1- Analizar la legislación ambiental colombiana, en lo referente a los permisos de estudio para uso de recursos hídricos, en especial para proyectos Hidroeléctricos.
- 2- Estudiar el proceso jurídico de otorgamiento y reglamentación de permisos de estudio del recurso hídrico para producción hidroeléctrica por las autoridades de la administración pública ambiental.
- 3- Indagar la naturaleza de los permisos de estudio ambientales y determinar su alcance.
- 4- Profundizar sobre los permisos de estudio para uso de recursos hídricos, en especial para proyectos Hidroeléctricos, desde la óptica de la legislación de servicios públicos domiciliarios, especialmente el de energía eléctrica.

7. Fundamentación teórica y jurídica

7.1 Marco constitucional

La Constitución Política de Colombia de 1991 reza lo siguiente:

- “Art. 7º—El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Lo anterior implica una extensión del concepto de medio ambiente al ser humano, es decir, dar un tratamiento de recurso natural al hombre, no sólo en su esfera biológica sino también, cultural. Los permisos ambientales para el desarrollo hidroeléctrico deben contemplar la opinión de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, campesinas etc. de las áreas de influencia del proyecto.

Las comunidades, de acuerdo con la Constitución Política, deben participar en la toma de decisiones ambientales que les puedan afectar. Es deber de éstas, organizarse para el acompañamiento u oposición reflexiva ante los proyectos hidroeléctricos que tienen influencia directa sobre ellas, en el ánimo de no ser manipulables en la toma de decisiones, a fin de que las mismas, tengan un carácter político más ambiental, y de que su participación sea real y no sólo formal.

Ante las presiones derivadas de la actual crisis del agua, las tensiones entre las diferentes políticas hidrológicas –tanto en el orden local como internacional- están aumentando de forma alarmante. Al respecto, afirma Black (2005):

Cada vez es más difícil llevar a cabo proyectos gigantescos de manejo del agua- con toda la reorganización del entorno y de las personas que dichos

planes conllevan-, ya que provocan malestar popular. Proliferan las protestas contra la privatización de los servicios, contra las arrogantes empresas hidráulicas y contra la contaminación, que está poniendo en peligro innumerables vidas y su hábitat. Debemos tener en cuenta todas las dimensiones mencionadas –medioambiental, política, económica, social e ideológica- al explorar los parámetros de una crisis que supone un riesgo para la propia vida. (Black, 2005, p. 34).

Nuestro país no ha sido ajeno al ejercicio de la oposición a proyectos hidroeléctricos por grupos sociales y de presión ambiental, no obstante que en los procesos previos a la obtención de permisos ambientales, los propietarios de los proyectos y la autoridad ambiental, tienen la obligación de difundir su intención y las características del proyecto, con el objeto de que las comunidades afectadas los apoyen o argumenten su oposición, en algunos casos con el patrocinio de ONG´s ambientales, que disponen de recursos para fundamentar técnicamente la posición contra el proyecto de la comunidad.

- “El Artículo 8 de la Constitución colombiana expresa: es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

En este contexto, para evaluar la factibilidad ambiental o social de un proyecto hidroeléctrico, deberá inicialmente determinarse si se afectan áreas de especial manejo natural o cultural, tales como parques naturales, zonas de reserva forestal, reservas naturales de la sociedad civil, humedales, páramos, zonas arqueológicas, etc. Generalmente, de antemano la Ley prohíbe o restringe la realización de intervenciones en esas zonas.

- En su Artículo 11 la Constitución establece: “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

El derecho a acceder a agua para el consumo humano, en condiciones de calidad y cantidad que garanticen la supervivencia, debe primar sobre cualquier otro uso del recurso hídrico, pues el agua es un presupuesto necesario para la vida. Por importante que sea la generación hidroeléctrica para el desarrollo del país, y así se garantice que este no causará impacto ambiental o social, ese uso no desplaza en importancia al consumo humano, y necesariamente debe negarse de plano la licencia o permiso ambiental para un proyecto que afecte el suministro de agua para consumo humano.

- La Constitución colombiana en el Artículo 58. —Modificado. Acto Legislativo 01/99, Art. 1º. Establece:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones y como tal, le es inherente una función ecológica.

Los proyectos de generación eléctrica se consideran por la Ley 56 de 1981 como proyectos de interés público y utilidad social, pero siempre y cuando no afecten de manera irreversible o irreparable el medio ambiente, en cuyo caso, sin importar si el proyecto es público o privado no debe desarrollarse, así se haya adelantado la

compra de predios, pero en ese caso la propiedad privada del proyecto debe ceder ante el impacto ambiental irreversible.

En el campo hidroenergético se definen como grandes presas, aquellas con una altura de más de 15 metros o con embalses que contengan 3 millones de metros cúbicos de agua. Sin embargo, las presas monstruosas llegan a superar los 100 metros de altura y tienen embalses que contienen miles de millones de metros cúbicos de agua. Este tipo de proyectos, en los que las tierras de miles de personas quedan sumergidas provocando cambios ecológicos de gran magnitud, sólo son practicables en lugares donde el poder está fuertemente centralizado y puede hacer caso omiso de los intereses de las poblaciones locales (Black, 2005, p. 143.).

En nuestro país, ese tipo de embalses, tan agresivos, ya no se plantean, precisamente porque el impacto social, la oposición y la significancia política no lo permiten, y más bien se reemplazan por proyectos más pequeños, o ubicados en zonas donde no haya ese tipo de interferencia, en aras de que no sucedan casos como en los embalses de Guatavita y Guatapé, en las que las edificaciones de los cascos urbanos quedaron sumergidos bajo las aguas de los embalses.

- El Artículo 79 de la Constitución reza:

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

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

Este es quizás el Artículo que constituye la columna vertebral de la llamada “Constitución Ecológica”. Se contempla el derecho colectivo al medio ambiente sano, que puede ser protegido por las acciones constitucionales populares y extraordinariamente, por la Acción de Tutela. En el trámite de los permisos, licencias, concesiones ambientales para proyectos hidroeléctricos, es obligación realizar audiencias públicas ambientales con las comunidades afectadas o interesadas en esos desarrollos, incorporando sus opiniones en las decisiones de las obras.

Se asigna al Estado la función de garantizar que el medio ambiente se mejore, en lugar de degradarse, y de ser responsable en caso de deterioro ambiental, o al menos, lograr la restitución o compensación a los particulares responsables.

Según el Artículo 80 de la Constitución Política de Colombia:

- El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Como puede percibirse, el agua es uno de los recursos a los que se refiere el Artículo, y dado que es de los tradicionalmente llamados, renovables, por

competencia, su administración corresponde al Ministerio del Medio Ambiente en el orden nacional y en el regional, a las Corporaciones Autónomas Regionales. Ambas autoridades ambientales deben otorgar las licencias ambientales, las concesiones de aguas o los permisos de estudio para adelantar proyectos que requieran su uso, como son los hidroeléctricos. Los daños causados por un proyecto hidroeléctrico, se identifican en el correspondiente estudio de impacto ambiental, y generalmente, se refieren a la disminución de oferta hídrica, modificación de ecosistemas hídricos, impactos derivados de la construcción de la obra civil y las afectaciones en el modus vivendi de las comunidades del área de influencia del proyecto.

Los proyectos hidroeléctricos se localizan geográficamente de acuerdo con las condiciones de la cuenca a la que pertenecen las corrientes de las que se captará el agua a embalsar. En ninguna frontera colombiana, existen condiciones de cuenca apropiadas para adelantar un proyecto hidroeléctrico y por lo tanto, se constituyen en proyectos nacionales que no afectan ecosistemas compartidos con países vecinos.

Según reporte de la Comisión Brundtland, en 1983 se creó la comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo presidida por la Sra. Brundtland, que en 1987 da a conocer un informe elaborado por dicha comisión, titulado “Nuestro Futuro Común” que presenta por fin una comprensión global de los problemas medio ambientales y que populariza el término desarrollo sostenible. (Bao, 1999, p. 4).

La definición de sostenibilidad dada por la Comisión Brundtland como aquel modelo de desarrollo que permite el progreso económico de las comunidades sin poner en peligro el de las generaciones futuras, configura una expresión fácilmente aceptable, como ha sido, pero muy poco concluyente a la hora de

identificar de modo claro qué cosas y qué acciones están permitidas, y cuáles no, o bajo que condiciones serían aceptables.(Bao, 1999, p.7).

Esta misma comisión indica en otro de sus apartes que “el desarrollo sostenible es no solamente una meta sino un proceso” (Bao, 1999, p.9).

Puede afirmarse por otro lado, que el desarrollo sostenible involucra otras áreas humanas como son: Economía, ética, desarrollo y medio ambiente; buscando su integración y equilibrado progreso.

De acuerdo con Brown (1994), es posible definir unos principios que impongan las condiciones que necesariamente deberán cumplirse para que nuestro sistema pueda mantenerse, dentro de una evolución, en situaciones próximas al equilibrio y cuyo incumplimiento sistemático, provocará necesariamente una situación de colapso. Una sociedad puede incumplir alguno o todos estos principios durante cierto tiempo pero no a largo plazo, so pena de alcanzar una situación de no retorno. Como ejemplo de lo anterior se tiene el de una pesquería que puede ser sobrepescada durante un cierto tiempo pero que, si de modo continuado, se extrae más de lo que se produce, la pesquería desaparecerá. Es importante destacar –en el ejemplo expuesto-, cómo por debajo de cierto nivel de población, la existencia de otras presiones ajenas a la propia actividad pesquera conducen al agotamiento de determinadas especies pasando a ocupar su lugar y ser dominantes otras que pueden ser muy distintas.

La identificación pues de los principios generales de sostenibilidad, ha de permitir una formulación sencilla que sirva de marco al estudio de cualquier

fenómeno o acción y que permita, mediante una elaboración razonable, establecer pautas de sostenibilidad. En la recopilación de información del presente estudio se detectan los siguientes principios:

- Conservación de la fitomasa.
- Conservación de la tierra cultivable.
- Conservación de la biodiversidad.
- Conservación de las especies.
- Conservación de la ecosfera.

Es muy posible que pueda haber acciones no contempladas en los principios formulados y que deba ser añadido algún otro o, incluso, que deban ser formulados de otro modo. En la relación propuesta, cuatro de ellos definen una situación de reversibilidad posible en el entorno de un equilibrio, pero el tercero no. La existencia en un momento determinado de un número de especies no conocido, pero que está definido en cada instante, puede ser mantenido si las nuevas que se originan por evolución, lo hacen en igual cantidad que las que desaparecen; pero la situación es no reversible: no es posible actualmente regenerar una especie que ha desaparecido y ello diferencia conceptualmente este principio de los demás.

La conservación de la fitomasa consiste en el mantenimiento de la masa boscosa o vegetal que esté en capacidad de capturar CO₂, y de fijar O₂, capacidad que sólo tienen las especies forestales jóvenes, por lo que se hace necesario una explotación de los bosques maduros, y reemplazándolo por bosques jóvenes y manteniendo su permanente renovación.

La conservación de la tierra cultivable tiene que ver con los fenómenos erosivos, que permiten que las tierras altas fertilicen y renueven los suelos de

los valles. Se debe intentar por medio de la reforestación, que los suelos se recuperen con dinámicas diferentes a la deposición de los suelos en capas, sino que se creen nuevos suelos a partir de la dinámica propia de los bosques.

La conservación de la biodiversidad tiene que ver con las cadenas tróficas, en las que las ingestas de unas especies son los excursos de otras, y la ruptura de esta cadena rompe el equilibrio, pues todas las excretas contienen nutrientes disponibles para otras especies.

La conservación de cada especie se entiende como la exigencia de respetar las masas de población de las distintas especies dentro de límites de permanencia y conocer la realidad de la propia especie humana, que con su desmedido crecimiento, atenta contra la sostenibilidad.

La conservación de la ecosfera, se refiere a reducir los niveles de impacto que se causan sobre la capa donde se aloja la vida en la tierra, la contaminación atmosférica, hídrica, edáfica etc. No es procedente ocupar la ecosfera con materiales o desechos producidos por las acciones humanas.

En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio Ambiente Humano de Estocolmo en 1972, se estableció la relación entre desarrollo y medio ambiente, poniendo de manifiesto una fuerte confrontación entre ambos conceptos, es así, como los instrumentos de que consta la economía, se han convertido en componentes fundamentales de la protección ambiental, la unión entre desarrollo económico y medio ambiente ha sido tema de foros internacionales y tratamiento delicado y prioritario.

El progreso y el desarrollo no pueden frenarse, pues son fuente fundamental para la defensa ambiental, eso sí, fortaleciendo instrumentos económicos que garanticen la sostenibilidad, entendida ésta como el adecuado mantenimiento del medio ambiente, asegurando a las generaciones presentes y futuras que tendrán mundo donde vivir. Desarrollo sostenible, entendido como aquel que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacerse sus necesidades propias. (Bao, 1999, p.12).

Podríamos decir que los términos sostenible y sustentable son sinónimos, en cuanto se refieren a la manera como se utilizan los recursos, conservando la capacidad de dichos recursos para renovarse, o sea, para existir después de utilizados.

Un concepto que se maneja en algunos círculos es el de “desarrollo sostenido”, en el cual lo que se busca es mantener un mismo ritmo de explotación, de protección de consumo o de crecimiento inmodificable por el tiempo que el recurso dure, así se acabe en determinado tiempo. No propende por la conservación, sino por la explotación (Chaux, 1993). Dado que a los dueños de un proyecto hidroeléctrico les interesa su permanencia en el tiempo, y el agua es su insumo principal, por simple decisión empresarial le interesa una disponibilidad sostenible de ésta, teniendo en cuenta además que el recurso no se pierde para el ecosistema, sino que se simplemente se usa en su recorrido y vuelve a la fuente, es decir, no se usa el agua en sí misma sino su fuerza cinética.

A comienzos de los años 70, la ecología dejó de ser de manejo exclusivo de científicos y naturalistas, para convertirse en un tema a tratar en otras esferas del saber y del vivir, es así como surgió la pregunta de si podía encontrarse un

verdadero equilibrio entre desarrollo y conservación ambiental o por el contrario eran dos caminos diferentes e irreconciliables, al comienzo se pensó que sí, pero posteriormente se planteó la idea de una coexistencia sin intervención, ejemplo claro de esto son las reservas naturales, los parques naturales, en donde ni el desarrollo interfiere en los parques, ni los parques interfieren en el desarrollo.

Hoy día se acepta la idea de una verdadera comunión, necesaria por demás, entre ambos conceptos y es el desarrollo sostenible el que marca el camino de doble vía, para conjugar desarrollo y protección ambiental. En el caso concreto de Colombia, se observa como las regiones poseen distintos modelos de desarrollo, haciendo difícil la aplicación de soluciones fundadas en los mismos criterios, el ejemplo claro se evidencia en las llamadas “zonas industriales”, cuya existencia no sólo es importante sino también necesaria en relación con la generación de empleos y en consecuencia, con la calidad de vida de las personas, aún cuando su convivencia con la naturaleza, por lo menos a corto plazo, esté minada de discordancias.

Es tarea entonces de los industriales y de los medios de producción de desarrollo, implantar mecanismos de eficiencia que incluyan el cuidado ambiental porque con él gana la sociedad en general. Actualmente, es fundamental que Colombia adopte sus propias políticas ambientales y no solamente copie de una u otra manera modelos de otros países, por cuanto las diferencias en términos de producción y recursos, son bastante grandes. Es claro que los países industrializados, en su mayoría, tienen menos recursos ambientales que cuidar y las políticas que adoptan son consecuentes con esa realidad; distinto debe ser el tratamiento de los países en vía de desarrollo, que comúnmente son ricos en recursos naturales y por ende, tienen mucho más en riesgo. En ese orden de ideas y en el caso colombiano, hay que recordar que la protección ambiental tiene

un costo económico y social muy alto que el país no está en capacidad de sufragar.

No se trata de defender el ambiente por una idea romántica, religiosa o idealista, se trata de buscar un manejo más racional a la explotación y el aprovechamiento de los recursos que la naturaleza ofrece, con el fin de conseguir el mayor beneficio con la menor destrucción. Sin perder el norte en la búsqueda de la justicia social y el mejoramiento de la calidad de vida.

El diseño de la política pública para regular el uso del recurso hídrico es en sí mismo un proceso difícil y complejo. La cantidad de agua no es constante, aumenta y disminuye cíclicamente con las lluvias y su disponibilidad no se puede estimar con exactitud. El potencial hídrico no es igual, ni tiene las mismas variaciones en los distintos espacios geográficos haciendo del agua un recurso incierto y por lo tanto, es difícil para el Estado definir la política pública del agua y elaborar la legislación para regular y controlar el uso de ésta, garantizando la sostenibilidad del recurso.

En los últimos treinta años, se ha producido abundante legislación para el manejo de las cuencas hidrográficas que es comparable con la de países desarrollados. Sin embargo, hoy esta legislación es confusa por la cantidad de normas que van desde la Constitución; las leyes de la República, permanentes y transitorias; los decretos y los acuerdos; hasta los reglamentos administrativos y técnicos de las diferentes entidades.

Las normas son de diversos niveles jerárquicos y no es claro cuáles instrumentos legales priman sobre otros o qué entidad debe aplicarlo y hacerlo cumplir. La

política para el manejo del agua y la conservación de cuencas está dispersa en instrumentos legales, administrativos y técnicos y su ejecución se diluye en planes y proyectos nacionales, regionales o municipales que no siempre son coherentes entre sí y las entidades ejecutoras no tienen los medios para ejecutarlos, ni la capacidad para hacer cumplir lo preceptuado en las leyes.

El proceso de descentralización y privatización del Estado aumentó el número de actores institucionales que participan directamente en el control y manejo del recurso hídrico. Esto hace más difícil cumplir la ley, pues aunque la legislación vigente prevé qué entidades deben ejercer la coordinación y control de todos los participantes en el uso y control del agua, esta no ha sido eficiente.

7.2 El derecho al agua, insumo de la generación hidroeléctrica

Indudablemente el agua es la fuente de la vida en la tierra. Sin este elemento no es posible perpetuar ninguna especie. La naturaleza ha sido generosa al poner a disposición cantidades “inagotables” de agua, en diversas manifestaciones, además la fórmula para crear agua es fácilmente reproducible, por el intelecto humano, además de poderse desalinizar, purificar o descongelar.

La mayoría de las culturas ancestrales, si no todas, dentro de sus tradiciones han identificado el origen de sus respectivas civilizaciones con el agua, como simiente primigenia y generadora de vida.

Desde el punto de vista jurídico, el agua tiene diversas visiones:

- El agua como bien mueble. Esta visión le da al agua una connotación de cosa, apropiable y susceptible de entrar en el dominio privado. En esta visión se incluye el agua como servicio público domiciliario.
- El agua como bien público. Esta visión asume al agua como parte del dominio inmanente del estado, y sólo puede ser utilizada en observancia a su “merced”, sea mediante la ley o mediante acto administrativo unilateral o bilateral.
- El agua como derecho humano. Esta visión hace entender al agua como perteneciente al ser humano y se rompe la relación jurídica de propiedad que pudieran tener o los particulares o el Estado con ella. No se predica una propiedad sino un derecho a ella.
- El agua como un fenómeno físico. Esta visión trata al agua como un accidente natural o una fuerza inmaterial, la considera por sus efectos benéficos o dañinos y la manera de aprovecharlos o combatirlos. En esta visión generalmente se considera el efecto destructor o contrario al status quo en el derecho de dominio que tiene el recurso.

Estas cuatro visiones no son exclusivas de un sistema jurídico, pueden estar presentes todas, en una amalgama o en una sectorización o puede tenderse hacia el abandono de unas u otras y la prevalencia de alguna específica. Podría decirse que las tendencias principales que causan la tensión actual sobre el manejo del recurso son dos: la que considera que el agua es apropiable, y la que considera que es inherente al hombre como especie.

La consideración del agua como bien apropiable, radica en el uso que en principio le dan los dueños de los predios asociados, llamados riberanos, que la consideran parte de su propiedad. Esa noción de propiedad, se ha ido extendiendo a los dueños de los predios o a quienes éstos autoricen, siempre por medio de una negociación privada.

Este enfoque, que pareciera feudal, aún persiste en nuestra legislación, pues se habla de aguas de dominio privado, precisamente relacionándola con la propiedad de los terrenos por donde discurre (nacer y morir en la misma heredad). Esta consideración legal, es peligrosa, pues puede alentar la tenencia de acaparar tierras en principio sin interés, pero con la intención de apropiarse del agua como bien privado, que en estos momentos es más valiosa que el mismo suelo. Tampoco existen limitaciones legales para ese tipo de transacciones y puede darse, el ya no tan hipotético caso, que grandes compañías inviertan ingentes sumas, sólo con el objetivo de privatizar el agua, para cualquier propósito.

El fenómeno de apropiación de tierras (mediante mecanismos legales), por empresas o gobiernos extranjeros, en países pobres, para suplir la falta de tierra cultivable en esos países ricos, se ha denunciado recientemente. Consiste en que gobiernos, a través de inversores que adquieren diversas figuras societales, compran grandes extensiones de tierras en países que las tienen en abundancia, y a precios muy bajos, para cultivarlas extensivamente y suministrar seguridad alimentaria a sus ciudadanos, a partir de la exportación de esos cultivos. Mientras tanto, los países ricos pueden disponer de sus tierras con valores más altos para otros usos diferentes a la agricultura, para expansión urbana, industrialización, explotación de recursos no renovables, etc. Esta situación se potencia además con la mano de obra barata proporcionada en los países donde se realiza la inversión.

Algo similar puede ocurrir con el agua, en la medida en que el agua es utilizada más como un medio de producción o fuente de riqueza, los ojos y estrategias de negocios de empresarios se fijan más en ella. La visión romántica del agua como medio necesario de vida, se ha convertido en una más utilitarista como bien del mercado. Se embotella el agua para venderla, a precios mayores que los que tienen las bebidas elaboradas, el negocio de servicio público de acueducto es cada vez más apetecido y con mayor presión por su privatización y la electricidad producida a partir del agua, ya no es para asegurar la industria local o para proporcionar servicio público de electrificación a todos los habitantes del territorio, sino para vender, exportar y especular en los mercados de valores y futuros.

7.3 Agua y electricidad

La producción de electricidad a partir del agua tiene dos aristas: aquella electricidad necesaria para el desarrollo del país y que se utiliza para “consumo interno”, y la electricidad que se utiliza para vender y exportar, con base en la expansión de las redes y de los sistemas interconectados.

Si el agua, fuera en verdad inagotable, y no se interfirieran los diferentes usos con el uso para consumo humano, pues no habría mayor problema en “exportar” electricidad. Pero los impactos sobre los usos del agua involucrados con la construcción de hidroeléctricas son tan grandes, (modificaciones en el régimen hídrico, cambios del ecosistema para el recurso hidrobiológico, los impactos propios de la obra civil, la evaporación masiva del agua embalsada, entre otros) y los sufren las comunidades vecinas a los proyectos, que cabe preguntarse si es justificable y equitativo hacer padecer los impactos a las comunidades, con el prurito de vender electricidad para obtención de una riqueza económica.

Se presenta también el interrogante de la distribución de los beneficios económicos derivados de la venta de energía hidroeléctrica que son los mismos de cualquier actividad de venta de productos o servicios como lo es la energía eléctrica, pues las empresas que producen y venden energía cuentan con utilidades considerables, teniendo en cuenta que esta constituye un servicio público domiciliario, por el que todos tenemos que pagar. Si las comunidades que sacrifican su ambiente deben participar de los réditos de la comercialización de la energía, o si estos deben ir únicamente a las empresas y compañías que realizan la inversión, cualquiera que sea la naturaleza y nacionalidad de estas.

Ejecutar un proyecto hidroeléctrico hoy día es mucho más difícil de lo era hace algunos años. Las normas ambientales contemplan requisitos cada vez más estrictos, y las comunidades, las autoridades civiles y los grupos de presión de carácter ambientalista, se oponen con o sin razones técnicas válidas y con distintas motivaciones, algunas infundadas, algunas oportunistas y otras que representan temores válidos por el futuro del agua y del ambiente. Antes de la Ley 99 de 1993, no existían las licencias ambientales obligatorias para los proyectos hidroeléctricos, esta era facultativa. También a partir de esa ley se estableció el Ministerio del Ambiente, para dotar de fortaleza técnica y política el sector ambiental. La participación comunitaria también se estableció producto de la Constitución de 1991 y en la Ley 99/93, y ninguna decisión de permitir la construcción de una hidroeléctrica, puede tomarse sin antes consultarla con la comunidad.

Para adelantar un proyecto hidroeléctrico, en la etapa de perfectibilidad deberán determinarse dos viabilidades, la técnica y la ambiental. La técnica tiene que ver con que el proyecto cuente con las condiciones que permitan producir y transmitir la energía eléctrica producida, y que la ejecución del proyecto garantice una tasa

de retorno que justifique la inversión; y la ambiental, que el proyecto podrá tener los permisos ambientales necesarios para el desarrollo del proyecto.

En la técnica se encierran los conceptos de ubicación, obra civil, vías de acceso, geología, régimen de lluvias y orden público y en las ambientales están contenidas la disponibilidad de agua, la presencia de comunidades en la zona de influencia, la presencia de zonas de manejo especial en las cercanías del proyecto, la interferencia en el uso del recurso y el impacto con el surgimiento de un microclima. El cumplimiento de todos estos estudios y análisis se lleva a cabo de manera estricta, en la medida en que las comunidades y los grupos de presión ambientales se han vuelto actores en el otorgamiento de los permisos ambientales para esos proyectos, y realizan seguimientos juiciosos al cumplimiento de los requisitos.

7.4 Criterios conceptuales e históricos para la interpretación de los permisos de estudio dentro del Código de Recursos Naturales.

El Código de Recursos Naturales Renovables, codificación legislativa donde se desarrolla lo relativo a los permisos de estudio, está influido por profusas fuentes conceptuales, que deben tenerse en cuenta al interpretar las políticas ambientales del país a mediados de los años 70 del siglo XX y así armonizar su aplicación con la teoría conceptual y constitucional del desarrollo sostenible, que es la adoptada por la Constitución de 1991.

A continuación y sólo de manera enunciativa, por no ser el propósito de este trabajo profundizar en aspectos filosóficos, se mencionan las principales corrientes conceptuales presentes en el Código de Recursos Naturales, deteniéndome en

aquellas que en mi criterio aplican a los permisos de estudio del recurso hídrico por constituir el problema jurídico objeto de la investigación.

La codificación ambiental se expidió en cumplimiento de los compromisos de la primera conferencia mundial del medio ambiente de Estocolmo y por lo tanto contiene una mistura de ideologías provenientes de todos los participantes y posturas presentes en la plenaria.

Conceptualmente el Código no se inscribe en una única corriente filosófica o de pensamiento, pues para la época de su creación, no se había desarrollado propiamente un pensamiento ambiental y cada posición se apoyaba en alguna doctrina filosófica existente.

Muchos artículos del Código son de estirpe conservacionista, entendida esta corriente como la que preconiza que el medio ambiente y sus elementos deben tratarse como santuarios inalterados, donde su desarrollo consiste en su permitir evolución natural y que cualquier intervención lo afectaría de maneras desconocidas por no comprender el tejido de las relaciones naturales.

De acuerdo a la teoría conservacionista, el hombre sólo puede afectar del medio ambiente, aquello estrictamente necesario para su supervivencia, tal como lo hacen las comunidades primitivas, que pueden mantenerse ambientalmente en armonía sin necesidad de destruir o alterar mas alla de los límites que impidan su regeneración.

Durante los años 60 y 70 del siglo XX, se consolidó esta teoría por parte de los movimiento hippies y contraculturales que preconizaban la unión del hombre con la madre naturaleza, y calificaba negativamente todo lo que significara uso de recursos naturales renovables para comodidades o lujos alejados de la espiritualidad y sencillez con que es capaz de vivir el ser humano.

En el campo ambiental, la teoría del conservacionismo continúa aplicándose de manera restrictiva, es decir, se definen geográfica o espacialmente lugares o áreas donde no se puede realizar ningún proyecto de desarrollo que modifique las

condiciones ambientales o de hábitat, como los son los parques naturales, las zonas de reserva forestal, y toda la clasificación legal de áreas protegidas.

Otra corriente, es la desarrollista, puede ramificarse en varias de acuerdo a la fuerza del concepto, o del grado de desarrollo que sea ambientalmente válido. Una de ellas es la desarrollista a ultranza, que favorece el crecimiento sobre cualquier otra consideración.

El desarrollo al que se refiere cualquier corriente desarrollista, es aquel idealizado por la sociedad de consumo, definido por la cultura occidental, en el cual se identifica un estado desarrollado como el estado de bienestar de necesidades materiales satisfechas, donde la felicidad se equipara a la posesión de bienes de consumo estrictamente materiales.

Hay desarrollismos más moderados, de donde surge el concepto de desarrollo sostenible en sus acepciones fuerte y débil. Mientras que la teoría de desarrollo sostenible débil se acerca mucho a la teoría desarrollista a ultranza al ser débil la noción de sostenibilidad, la de desarrollo sostenible fuerte no se acerca al conservacionismo, pues siempre tiene implícito el concepto de desarrollo, que riñe con la conservación.

Cualquier concepto desarrollista, sea el de ultranza o el sostenible, constituye posición antropocéntrica, (Angel, 2002) pues el desarrollo que se plantea es el del ser humano, y permite que el ambiente sea puesto al servicio del hombre. La principal crítica que los detractores de la teoría del desarrollo sostenible, subyace en que el desarrollo no puede ser sólo el humano, sino el del ambiente y de todos los seres vivos, y que siempre que se hable de desarrollo sostenible del hombre, se está poniendo en peligro el ambiente de la misma manera que en el desarrollo a ultranza, solo que aplazando la crisis en el tiempo.

Los permisos de estudio, desarrollados en el Código de Recursos Naturales, por ser actos preparatorios para un acto que va a autorizar la intervención de un recurso natural, contienen un híbrido de corrientes de pensamiento filosófico, que

si bien no son propiamente ambientales, si tienen aristas que se imbrican con la naturaleza y la relación con esta. Estas líneas principales son:

Línea determinista y racionalista que fundamenta el tema del uso limitado de los recursos naturales para disminuirle presión a su explotación, teoría esta promulgada por el club de Roma y por la cual se polarizó la discusión entre países ricos del norte que ya alcanzaron sus estándares ideales de crecimiento y los pobres del sur, que en camino de alcanzar bienestar en el sentido occidental, debían crecer afectando el ambiente como lo habían hecho los desarrollados, y tomaron como una imposición y un obstáculo para su crecimiento la recomendación de que se debían poner límites al crecimiento.

El socialismo democrático y científico que reflejaba la preocupación social por el trato que la humanidad le da al ambiente, y la presión justificada en la necesidad imperiosa de utilizar los recursos naturales. Esta corriente, desde una discursiva ética propone un alto en la camino para reflexionar acerca de la posición del hombre en el ambiente, preguntándose si es parte del mismo o es externo a el, si es culpable o víctima de la crisis ambiental, cuáles son las nuevas cláusulas del contrato natural que debe regir la sociedad que se reconstruya para retornar al equilibrio; (Ost, 1996).

Los permisos de estudio, al supeditar el uso definitivo del recurso a los resultados de estos estudios, contienen preocupaciones por la equidad con las presentes y futuras generaciones, al considerar que el medio ambiente es patrimonio común y todos los habitantes del planeta deberíamos tener igualdad de condiciones a su acceso, y en caso que unos lo deterioren mas que otros, deberían compensar el sobrepaso de ese límite y la imposibilidad que se genera para muchos, pues sobrepasar la cuota de uso en un ambiente limitado significa que otros no alcancen dicha cuota.

El concepto de equidad soporta el axioma de la asimetría en las relaciones ambientales, según el cual las relaciones de uso y conservación del medio ambiente no son simétricas y frecuentemente tienen más carga quienes menos lo

deterioran. Este concepto se identifica con la línea dialéctica, que empieza con Heráclito y termina con los ecólogos políticos neomarxistas, pasando por Hegel y Habermas (Carrizoza, 2004).

Si pensamos en el agua como elemento natural que se usa para aumentar el beneficio humano, nos matriculamos en la línea hedonista y utilitarista que preconiza el placer y favorecimiento del hombre sobre todas las cosas, pues la trascendencia se obtiene a través del placer, y se justifica cualquier alteración ambiental siempre y cuando esta se realice para satisfacer las necesidades humanas incluidas aquellas más superfluas.

Esta línea hedonista-utilitarista se imbrica con la economía neoclásica, al defender esta el cumplimiento estricto de la ley de oferta y demanda sin límites ni sociales ni ambientales, con el desarrollismo al considerar el concepto de desarrollo exclusivamente como el humano incluyendo en este la satisfacción de placeres y justificando la degradación ambiental en la necesidad vital que tiene el género humano en utilizar los elementos ambientales y con el neoliberalismo, teoría económica que permite la iniciativa privada ilimitada, asumiendo que el beneficio para el empresario particular significa beneficio para la sociedad, asumiendo este como máximo valor. (Serres, 1990)

Al pensar en el momento histórico del surgimiento de la norma de los permisos de estudio, no puede decirse que los hayan inspirado la teoría del desarrollo sostenible completa, pero las preocupaciones ambientales del momento sí buscaban integrar el crecimiento a la conservación, pudiéndose hablar de una incipiente teoría del desarrollo sostenible, o desarrollo sostenible débil.

Una última línea que puede inspirar la norma de permisos de estudio ambientales es la sistémica ecológica, (Ost, 1996) fundamentada lejanamente en algunas de las ideas de Heráclito y de Aristóteles, la cual comienza a ampliarse rápidamente desde fines del siglo XIX con el nacimiento de la ecología como ciencia natural.

La ecología postula el carácter holístico del medio ambiente, es decir, no es sólo una sumatoria de recursos naturales y elementos aislados, sino que incluye una

serie de relaciones, vínculos y campos funcionales donde nada ocurre sin una consecuencia, y donde además los insumos para la vida de unos integrantes son proporcionados por otros integrantes con quien se comparte nicho.

El enfoque ecológico plantea que el ambiente está constituido por un sistema de relaciones biológicas y ecológicas, que la crisis ambiental que sufrimos se origina por no comprender dichas relaciones y por darle al ambiente un carácter fraccionado y segmentado en recursos. De acuerdo a esta tendencia debe cambiarse la semántica ambiental, incluyendo el término recurso, (Noguera, 2007) pues este evoca inmediatamente uso, apropiabilidad, cosificación.

Si asumimos que en el trámite del permiso de estudio, este debe incluir análisis de impactos ambientales, que conjuguen lo ecológico con lo social y lo económico para la toma de decisiones tanto para el dueño del proyecto como para la autoridad pública, bien podría matricularse el régimen de permisos de estudio ambientales en esta línea.

Se ve con claridad la gran variedad de las ideas que nutren los artículos del Código que tratan acerca de los permisos de estudio ambientales. El sustrato conceptual orbita en extremos que facilitan la aparición de fisuras o dificultades interpretativas que son aprovechadas para debilitar la norma, y que es elemento central de esta investigación, pues a pesar que una norma se considera completa, clara, definitiva, de sentido indiscutible, cuando se pretende darle un giro para que se aplique en satisfacción de un interés concreto, se fuerza al límite de fisurarla para dotarla de solidez aparente. La fisura de la norma permite su interpretación, con un sentido que la desnaturaliza para salvar una coyuntura especial, modulándose su alcances.

En consecuencia al analizar las aristas de pensamiento en los permisos de estudio encontramos un crisol donde bullen desde los principios neokantianos de responsabilidad por las acciones propias y de las personas o cosas bajo nuestra tutoría, principios de precaución y cautela que se deben tener en cualquier tipo de relaciones sociales y de comunidad, instrumentos económicos utilitaristas del

medio ambiente puesto al servicio de las necesidades humanas, participación en la toma de decisiones en lo ambiental que pueden afectar un conglomerado por medio de acciones colectivas para la protección jurídica ambiental, acciones no gubernamentales guiadas por la ecología política a través de grupos de presión de la defensa del ambiente y rebeldía anticultural marcusiana, representada en reivindicaciones ambientales desde lo político.

No es fácil, entonces, atribuir a una o a otra cultura institucional las normas jurídicas de permisos de estudio ambientales, pues las dificultades interpretativas y los móviles que las ponen en acción encauzan tal o cual movimiento de pensamiento filosófico o ambiental.

Colombia no fue ajena a las irradiaciones de la Conferencia de Estocolmo. En 1973 se expidió el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente –CNRN-, fundado en la Ley 23 de ese mismo año y desde allí, se han dictado numerosas disposiciones a nivel departamental y municipal además de múltiples Decretos Reglamentarios del Código. En el tema hídrico el Decreto 1541 de 1974, que contiene lo referente a concesiones de agua, incluyendo aquellas para generación eléctrica.

A continuación presento algunas observaciones sobre los orígenes y los efectos del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente:

Es necesario anotar que dentro del INDERENA y fuera de él había personas muy importantes desde la derecha, y también desde la izquierda, opinaban que no era necesario un Código Nacional de Recursos Naturales Renovables CNRN. Los argumentos eran múltiples, algunos de mis asesores desconfiaban, en general, de las aproximaciones normativas legales por razones ideológicas, otros pensaban que era mejor preservar la función reglamentadora que tenía la

Junta Directiva del INDERENA. Por fuera de la Institución, algunos abogados ligados a los gremios de la producción combatieron hasta el final la posibilidad de una legislación ambiental. Todos esos argumentos fueron presentados y escuchados en diferentes sesiones de consulta y es posible que hayan influido en las diferentes versiones del documento.

Algunas de estas sesiones de consulta fueron extremadamente formales y estrechamente seguidas por el Ministro de Agricultura, como la (SIC) realizada con la SAC y de la ANDI, otras, como las de la comisión consultiva constituida por dos senadores y dos representantes, dos liberales y dos conservadores, y la que se elevó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, estaban establecidas en la Ley 23 y se efectuaron rigurosamente. Otras consultas fueron realizadas menos formalmente desde el Ministerio de Agricultura y desde la Presidencia de la República. Los cuatro o cinco Abogados que coordinaron este proceso durante 1974, tenían también, obviamente, principios e ideologías que es posible que hayan influido, a pesar de que todos ellos procuraban mantener posiciones neutrales.

Finalmente, durante el mes de Noviembre de 1974, un grupo de abogados de la Secretaría Jurídica de la Presidencia con dos funcionarios del INDERENA y con la ayuda de un representante de la Academia Colombiana de la Lengua, compilaron la versión final del CNRN, que contiene únicamente las normas fundamentales. El CNRN, riguroso y claro en su lenguaje y respaldado por múltiples visiones de la realidad, es el resultado de este proceso colectivo, en el cual intervinieron más de 50 personas.

El gobernante que mayores acciones desplegó para “ambientar el ambiente” y lograr la expedición del CNRN fue el Presidente de la República Misael

Pastrana Borrero, y fue durante su mandato que se elaboró el mismo, se promulgó la Ley de facultades extraordinarias para expedirlo y se impulsó la acción administrativa. Le correspondió a su sucesor en la presidencia Alfonso López Michelsen expedir el Código con algunos ajustes.

En un balance de su gobierno frente al ambiente, el ex presidente Pastrana dice:

La propiedad ya no sólo está limitada por los tradicionales conceptos económicos, ni aún solamente por los recipientes de alcance social, sino también por los conceptos ambientales que obligan al uso de los bienes de la naturaleza con un sentido comunitario. Es el nuevo criterio, cada vez más extendido, de la “socialización de la naturaleza”.

El término “socialización” de la naturaleza lo había puesto en circulación Philippe Saint-Marc en su obra Socialización de la naturaleza.

El doctor Pastrana Borrero al realizar el balance de una década de vigencia del Código escribió:

Esa política, incomprendida en su momento, dio comienzo al despertar de voluntades, en su inicio, con la pereza con que termina un largo sueño, pero en el recorrido de los diez años desde que fue expedido el Código de Recursos Naturales es mucho lo que se ha avanzado en el cambio de actitud en torno de esa herencia sagrada. Y es que debido al afrontamiento de las cuestiones atinentes a la naturaleza, necesita una cultura capaz de apreciar los valores que ellas encierran y también tener presentes las realidades de la pobreza, en el caso de los pueblos del Tercer Mundo.

En el ambiente internacional del texto de Pastrana Borrero señala la influencia de la Conferencia de Naciones Unidas de Estocolmo “en la que se puso de relieve la conciencia universal de que estamos en una sola tierra”, al igual que los trabajos del Club de Roma. Reclama para su gobierno ser pionero de la normatividad ambiental y enfatiza que el CNRN “era la primera codificación global del amplio espectro de materias del medio ambiente y los recursos ambientales”.

Para el ex presidente, antes del CNRN, el diagnóstico de lo ambiental es de franca destrucción y no duda en plantearlo con connotaciones dramáticas.

Como se sabe, la normatividad puede ser válida moral y racionalmente, y ello ocurre con una amplitud en el sentido de lo ambiental, cuya importancia abarca el futuro mismo de la humanidad y del planeta. Pero la fundamentación de la ley no se trata meramente de la validez, sino de su eficacia, de su aplicación efectiva a las realidades materiales. Del principio que sólo hay derecho si existe el poder y la voluntad de ejercerlo en la dirección de la praxis política democrática. Lo otro, es a lo sumo, el llamado derecho blando.

El asunto está inserto en realidades más complejas y extremadamente difíciles, como el tipo de economía y sociedad, los modelos de desarrollo y cultura, los parámetros de vida y de convivencia que se interrelacionan en distintos tiempos y circunstancias. (Villar et al. 2004, p.33.)

8. Propuesta metodológica de la investigación

La presente investigación es de tipo analítico, pretende a través de un rastreo normativo identificar cuáles son las fisuras jurídicas en el régimen de permisos de estudio para el uso de recursos naturales renovables. Se seguirá el método deductivo, puesto que se pretende hacer un análisis de la normativa en general para llegar a un caso particular como es el régimen de otorgamiento de permisos de estudio para uso de recursos naturales renovables.

El desarrollo de la investigación se organiza por fases así:

Fase 1: Identificación de fuentes primarias y secundarias

Información de fuentes primarias: Dado que se requiere información oficial de entidades públicas encargadas del otorgamiento de permisos ambientales se accedió a esa información a través de derechos de petición de información y copias. Los derechos de petición versan tanto acerca de la interpretación que la entidad hace de la norma, como de su actuar en casos concretos de permisos de estudio que se tramitan en ellas y acerca de la manera de interpretar y llevar a la práctica los permisos de estudio para recursos hídricos.

Información secundaria. Consiste principalmente en la Constitución Política, El Código de Recursos Naturales Renovables, el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, la Ley 99 de 1993, el Código Civil, normas específicas de permisos de estudio, textos y teorías de desarrollo sostenible y derecho humano al agua, entre otros.

Se realizó una selección bibliográfica en bibliotecas, librerías, bases de datos y centros de documentación. De la información recaudada se hizo una selección de textos de interés que aportan a la solución de la problemática.

Fase 2. Depuración y análisis de la información.

Una vez compilada la información se realizó un proceso de depuración para discriminar la que es verdaderamente útil, seleccionando los textos que proveen información o análisis conducentes a la solución del problema, para esto se elaboraron resúmenes analíticos y fichas de lectura.

Posteriormente, se abordaron las sentencias, normas, jurisprudencias y las respuestas a los derechos de petición.

Fase 3. Interpretación.

A través del método del subrayado y de la glosa crítica y utilizando los criterios de interpretación jurídica para identificar las fisuras en los permisos de estudio para el uso del recurso natural renovable hídrico para proyectos hidroeléctricos se realizó la lectura crítica de los textos seleccionados.

Fase 4. Resultados de la investigación.

Elaboración de informe final simultáneo al desarrollo metodológico de las fases 1,2 y 3 del cual se desprenden las conclusiones y recomendaciones como fase propositiva para el aporte a la solución de la problemática abordada.

9. El uso de recursos naturales renovables a la luz del derecho constitucional

9.1 Constitución Política y medio ambiente

Día a día se encuentran en primera plana de los periódicos noticias relacionadas con el derecho al medio ambiente sano. Sólo en 2009, en la segunda mitad de julio, se oyó hablar del caso de Pepe el hipopótamo de la hacienda Nápoles, en junio de la exigencia del grupo del G8 a los países de economía emergente para que también hicieran un esfuerzo en la reducción de gases del efecto invernadero, en mayo el tema era el referendo del agua, en enero el puerto carbonífero en Santa Marta, la licencia ambiental para la exploración de oro en el páramo de Cajamarca, y bueno podría llenar este escrito sólo de referencias noticiosas que hasta hace unos pocos años no se encontraban.

La Constitución Colombiana de 1991, se ha llamado la Constitución verde, o la Constitución ecológica, pues al recorrerla en su articulado, se encuentra que más de una quinta parte, guarda relación directa o indirecta con aspectos del medio ambiente, haciéndose énfasis en que el derecho al ambiente sano, constituye un derecho colectivo.

Sin embargo, a pesar de la cantidad y extensión del tema ambiental, encontramos que el territorio sigue siendo un espacio definido por unos límites políticos y unas líneas imaginarias. No se introdujo en la Constitución el concepto de vida que tiene implícito el territorio, como tampoco las nociones de biodiversidad y recursos genéticos que hacen de nuestro país una nación privilegiada en este aspecto. El territorio, gracias a la Constitución de 1991 contiene la concepción de espacio aéreo y de la órbita geoestacionaria, abstractos jurídicos y técnicos, de imposible apropiación, tampoco se estableció, como ahora se propone a través de un

proyecto de referendo, el derecho fundamental al acceso al agua.

El tema más revolucionario en la Constitución de 1991, en el orden social, tiene que ver con la participación de la comunidad en las decisiones ambientales que las puedan afectar. Esa es la razón por la cual las noticias sobre temas ambientales son más profusas, porque las decisiones ambientales ya no se toman a espaldas de ninguna comunidad, dándose prevalencia en temas ambientales a lo local sobre lo global, de ahí que la oposición comunitaria a los proyectos hidroeléctricos, en muchos de los casos, los hagan fracasar o replantear.

Los mecanismos de participación ciudadana, de igual manera, muestran una tendencia de la Constitución hacia la apropiación por las comunidades del tema de gestión pública ambiental. Las decisiones estatales, que afecten el ambiente ya no son unívocas o inconsultas. La comunidad debe participar en las decisiones que afecten la calidad de su medio ambiente o el espacio público ante posibles intervenciones del estado o de los particulares, y de hecho, en los procesos de licenciamiento ambiental de proyectos ambientales, inician por hacerse parte interesada en la licencia, peticionarios de audiencia y consultas previas, hasta demandantes de las licencias en acciones populares.

El principal aporte para el mundo jurídico en la Constitución es el reconocimiento del derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho es de doble vía, pues a la vez que puede ser exigido del Estado, este puede exigir el cumplimiento de los deberes ambientales que tenemos los ciudadanos. Las comunidades pueden organizarse en grupos sociales, fundaciones, organizaciones para poner en movimiento la maquinaria judicial que obligue el respeto de este derecho a través de las acciones populares, que efectivizan derechos colectivos como lo es el derecho al medio ambiente sano, y extraordinariamente la acción de tutela,

cuando el menoscabo al ambiente afecta, como es común, derechos fundamentales como la salud o la vida. A pesar de que el derecho al acceso al agua, no quedó explicitado como un derecho fundamental, su conexión con el derecho a la vida es directa y evidente, y cualquier persona que por el uso de aguas para proyectos de generación de energía, vea vulnerado el acceso al agua, puede mediante acción de tutela por conexidad con su derecho a la vida, demandar para que se tomen las medidas que impidan esa amenaza.

El Estado ya no puede planificar únicamente ciñéndose a realidades económicas, debe adoptar criterios ambientales en la planificación. Se le exige al Estado la capacidad administrativa suficiente para prevenir y conjurar daños ambientales y para sancionar a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que causen perjuicios al medio ambiente o a los recursos naturales. Igualmente, se introduce una concepción del medio ambiente que supera las barreras políticas de los países. Por esta razón, se consagra la necesidad de cooperación con otras naciones en la protección de los ecosistemas que se comparten con países vecinos, pero al mismo tiempo, se prohíbe la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos. La utilización de los recursos genéticos se somete al interés nacional y por ello, se exige al Estado el control de su comercialización. Por último, se proscribieron la fabricación o importación de armas químicas, biológicas o nucleares.

Uno de los logros más importantes de la Carta, es el haber introducido recortes al dominio omnipotente de la propiedad privada. Los excesos de un concepto individualista de la propiedad, tal como se había venido fabricando a lo largo del Renacimiento y del período de la Ilustración y que fueron consignados en la Carta del 86, habían sido limitados ya por la reforma liberal de 1936. La nueva Carta, transcribe literalmente el Artículo 30 de la antigua Constitución, pero añadiéndole la función ecológica que disminuye la posibilidad de usar y abusar de los bienes

propios. Del concepto esclavista de la propiedad se ha progresado a un horizonte más civilizado, no sólo por el reconocimiento de las funciones sociales, sino también por la necesidad de establecer relaciones armónicas con el ambiente, y por determinar que de acuerdo con el concepto de Estado Social, es más importante el bienestar de la comunidad, que el adelantamiento de proyectos hidroeléctricos que finalmente sólo benefician a sus propietarios. El agua debe tener primero una finalidad social y en segundo plano, una económica.

A partir de la Constitución de 1991, se ha avanzado en materia ambiental, pero ha habido retrocesos drásticos. Fue importante la creación de un órgano del más alto nivel para la toma de decisiones estratégicas ambientales, como lo fue el Ministerio del Medio Ambiente, que entre otras cosas, debía controlar que el desarrollo de las ciudades tuviera consideraciones ambientales, pero al fusionarlo con el Ministerio de Desarrollo, se mezclaron dos temas que, si bien son incompatibles, sí tienen visiones distintas acerca del curso que debe tomar una sociedad o un estado.

Un aspecto que ha permitido equilibrar el interés que ha perdido el ambiente en su aspecto ejecutivo y de gobierno, lo ha dado la rama judicial. A los jueces y a las cortes no les ha faltado flexibilidad y conciencia ambiental, para decidir a favor del ambiente cuando hay alguna duda técnica o de criterio ecológico en los asuntos que por conocimiento les corresponden. Se expone el caso, bastante discutido y de importancia apenas comparable con la aprobación de un macroproyecto, de la sentencia acerca de la descontaminación del Río Bogotá, que en pro del real acceso al medio ambiente sano, ordena a la Administración Pública, realizar cuantiosas inversiones para recuperar, no sólo el agua limpia para la ciudad, sino un ecosistema para las especies de flora que estuvieron asociadas al Río y los ecosistemas de importancia mundial como son los humedales y páramos, afectados con el uso inadecuado que se le ha dado al Río y que

evidencia la falta de planeación en la utilización de las corrientes hídricas, pues por el uso excesivo de este recurso en proyectos hidroeléctricos, pone en peligro su cantidad pero además, constituye un agente contaminante en su paso por las ciudades.

Se habla en la Constitución Política de Colombia que el derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo. El medio ambiente, como concepto que lleva implícita la vida, no es considerado por la principal ordenación jurídica positiva como derecho fundamental. ¿Fue esto un error de la Asamblea Nacional Constituyente del 91? La razón por la cual no se consideró el medio ambiente como derecho fundamental, podría sustentarse en la complejidad del concepto en sí mismo, que pueden ir desde el acceso al agua, hasta las ondas del espectro electromagnético que son invisibles, y por lo tanto, todos los elementos que componen el medio ambiente no comportan igual raigambre. En consecuencia, calificar el medio ambiente como derecho fundamental equivaldría a que cualquier fenómeno de naturaleza abstracta que afecte al hombre, le estaría vulnerando un derecho fundamental. Adicionalmente el deterioro no sólo afecta a los seres humanos, sino a la flora y la fauna igualmente y en principio, estos no son sujetos de derechos fundamentales, y por lo tanto, sería complicado garantizar derechos fundamentales a quienes no los tienen.

Sin embargo, la jurisprudencia, ha acercado cada vez al derecho al medio ambiente sano al ámbito de los derechos fundamentales, conectándolo con otros que indiscutiblemente sí lo son, como la vida y la salud.

El Medio Ambiente sano está considerado en la Constitución Política como derecho colectivo, sin embargo, es común que se salvaguarde como derecho fundamental por conexidad y han prosperado acciones de tutela por su relación

con derechos directamente fundamentales como la vida. No obstante, la tendencia jurisprudencial se dirige hacia el reconocimiento explícito del derecho al medio ambiente como directamente fundamental, pues la conexidad es inherente entre vida y medio ambiente y en tanto que tal, no hace falta demostrarla.

Como ejemplo de ello, se expone la Sentencia T-045/09 proferida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla del 29 de enero de 2009, en la cual la Corte fija su más reciente posición acerca de la connotación del derecho al medio ambiente sano como fundamental en ciertos casos:

Reitera la Sala que cuando se procura el amparo de derechos fundamentales, el juez constitucional debe determinar la procedencia de la acción de tutela a través del examen de las circunstancias del caso concreto y la valoración de la eficacia de los medios de defensa judicial ordinarios con que cuente el interesado para adelantar esa defensa, de tal forma que el amparo superior resulte prevalente, en el evento de que una vez hecha la respectiva constatación se obtenga que el mecanismo de defensa judicial ordinario no garantiza igual protección actual e inmediata de esos derechos.

La posición trascrita de la Corte, muestra que la tutela para proteger el medio ambiente, que incluye al agua, se hace más flexible, pues más que la conexidad con otro derecho fundamental, se mira la ausencia de otro medio de defensa más expedito, lo que acerca más todavía el derecho al acceso al agua, al campo de los derechos fundamentales.

10. Permisos de estudios ambientales del recurso hídrico

10.1 Planeación de los proyectos

Dentro de la planeación de un proyecto hidroeléctrico la primera etapa la constituye evaluar si el proyecto tiene cierta viabilidad técnica, es decir, si existe su bosquejo en cuanto a ubicación, producción, fuente de abastecimiento hídrico, y elementos que lo han consolidado como un proyecto serio. Es importante conocer el caudal de la fuente; las fluctuaciones de ese caudal; su abundancia o escasez en los distintos periodos del año; estudios meteorológicos en los que se deduzca la plena capacidad de la fuente para suministrar el agua necesaria; las características geológicas que permitan la ubicación de estructuras pesadas, como lo son el muro de la presa y las estructuras de la central, así como para la construcción de túneles para la conducción del agua hacia las turbinas y de nuevo a la fuente; la permeabilidad de los suelos, para asegurar que el suelo no absorba el agua independientemente de la cantidad que haya; el revenimiento de los suelos para definir la ocurrencia de avalanchas y taponamientos entre otros.

Posterior a la consecución de esta información preliminar, se debe continuar con la consecución de permisos ambientales. A opción del desarrollador del proyecto, puede comenzar con el trámite del permiso de estudio de recurso hídrico para producción hidroeléctrica, o si el proyecto está lo suficientemente evaluado, con la licencia ambiental. De acuerdo con la capacidad de producción de energía del proyecto, puede o no requerirse licencia ambiental, y ésta se necesita, también de acuerdo con la capacidad de producción de la central. Varía la competencia de otorgamiento de la licencia ambiental, que comienza con la evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas de acuerdo con los términos de referencia para su elaboración, suministrados por la autoridad ambiental competente que elegirá la alternativa o las alternativas sobre las cuales debe elaborarse el

correspondiente Estudio de Impacto Ambiental y fijará los términos de referencia para la elaboración del mismo. La autoridad ambiental competente decidirá sobre la viabilidad ambiental del proyecto, y otorgará o negará la respectiva licencia ambiental.

La base jurídica de esta exigencia de licencia ambiental, es el Decreto 2820 de 2010, que desarrolla la Ley 99 de 1993, sobre Licencias Ambientales. El tratamiento que da este Decreto al tema hidroeléctrico es el siguiente:

Artículo 8°. Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

- a. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua.
- b. En el sector eléctrico:
 - La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW;

Artículo 9°. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales. Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, otorgarán o negarán la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades, que se ejecuten en el área de su jurisdicción:

- a. La construcción de presas, represas o embalses cualquiera sea su destinación con capacidad igual o inferior a 200 millones de metros cúbicos de agua.
- b. En el sector eléctrico:
 - La construcción y operación de centrales generadoras con una capacidad mayor o igual a 10 MW y menor de 100 MW.

Se tiene pues, que las licencias ambientales, como requisito previo para ejecución de proyectos hidroeléctricos pueden ser otorgadas o por el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, (MAVDT), y en otros casos, por la Corporación Autónoma Regional (CAR) correspondiente, siendo 10 MW el límite mínimo para definir la obligación de obtener licencia ambiental y 100 MW el límite entre las competencias de las CAR y el MAVDT.

Si el proyecto es menor de 10 MW, sólo requiere permisos ambientales, especialmente, Concesión de aguas de dominio público, permiso que en cualquier caso se requiere, pero que se otorga conjuntamente con la Licencia Ambiental. Previo a estos requisitos, y siempre ante la CAR, se puede tramitar el permiso de estudio.

¿En qué radica la importancia o ventaja de obtener permiso de estudio ambiental? En principio la ventaja del permiso de estudio para su titular es que sin tener que tramitar la concesión de aguas o la licencia ambiental que son permisos mas “definitivos” y que implican gran esfuerzo económico, se puede tener una “pre-concesión” o “pre-licencia ambiental”, que la constituye el permiso, pues este “separa” para el titular, por un período de dos años, la posibilidad de obtener definitivamente la fuente estudiada de la que se abastecería el proyecto. Esta

posibilidad de “congelar” el otorgamiento de concesiones para quienes no tienen permisos de estudio en un uno o unos sitios específicos, impide que los competidores puedan tener concesión de aguas para los mismos fines y en los mismos sitios. Quiere decir, que una vez se tiene el bosquejo del proyecto, se solicita el permiso de estudio de la fuente hídrica para conocer con precisión si es útil para generación eléctrica, o sea, que se considere que es una fuente confiable y sostenida en el tiempo para surtir el embalse, en los términos en que se definió en el proyecto.

Una vez se tiene el permiso de estudio, se cuenta con dos años para terminar los estudios y definir conclusivamente si el proyecto se sigue adelante o no. El permiso de estudio, se otorga en la generalidad de los casos, salvo que la fuente ya esté concedida, o que de acuerdo con la reglamentación de la corriente, el uso para el cual se estudia no está permitido, o que la solicitud del permiso sea tan pobre y tan ausente de elementos de juicio, que la autoridad ambiental no tenga los mínimos elementos para decidir. El otorgamiento del permiso de estudio como regla general, se debe a que el estudio en sí mismo no genera impacto, ni otorga derechos específicos sobre la fuente, sólo constituye una expectativa de uso futuro. De acuerdo con su concepción legal, los principales objetivos de los permisos de estudio ambientales del recurso hídrico, para producción eléctrica son:

- a) Permiten reservar el recurso para un uso, para un usuario y en un o unos sitios específicos.
- b) Evita tener que tramitar concesión de aguas de dominio público o licencia ambiental, sino hasta cuando se tiene la seguridad de que el proyecto se llevará a cabo.
- c) Es un activo, que valoriza el proyecto, pues es un inicio oficial, una pre inversión.

- d) Mucha de la información que se recaude en el permiso, sirve para sustentar un estudio de impacto ambiental cuando se deba elaborar en el marco de la licencia ambiental.
- e) Se puede obtener con información muy preliminar, muy sumaria y no requiere grandes esfuerzos técnicos ni jurídicos para su obtención.
- f) Su obtención no implica ningún compromiso de ejecutar el proyecto, ni de obtener los permisos ambientales posteriores, los estudios pueden indicar la inviabilidad del proyecto.
- g) Le da la primera opción a su titular para que se otorgue la concesión de aguas del recurso estudiado.

Finalmente, el permiso de estudio, permite hacer lo que de todas maneras debe hacerse en la planeación de un proyecto hidroeléctrico, estudiar la fuente para saber si es confiable para fines de generación hidroeléctrica para el proyecto específico, con la ventaja que ningún competidor podrá pedir el uso de la misma fuente, por dos años al menos. Un aspecto importante en el permiso de estudio, es bloquear la competencia, es decir, a otras empresas públicas o privadas; en la medida en que no había competencia, estos permisos no resultaban necesarios, ya que no había objeto en “congelar” el otorgamiento de concesiones para los competidores, pues precisamente no había esa competencia empresarial entre desarrolladores de proyectos hidroeléctricos y fácilmente, se podía prescindir de ellos, pues no eran vitales para el proyecto.

10.2 Permisos de estudio en la legislación

Los permisos de estudio de carácter ambiental, están contenidos en el Código de Recursos Naturales, Decreto 2811 de 1974, en los siguientes términos:

- Artículo 56: Podrá otorgarse permiso para el estudio de recursos naturales cuyo propósito sea proyectar obras o trabajos para su futuro aprovechamiento. El permiso podrá versar, incluso, sobre bienes de uso ya concedido, en cuanto se trate de otro distinto del que pretenda hacer quien lo solicita y siempre que los estudios no perturben el uso ya concedido. Estos permisos podrán tener duración hasta de dos años, según la índole de los estudios.

Los titulares tendrán prioridad sobre otros solicitantes de concesión, mientras esté vigente el permiso de estudio y, así mismo, tendrán exclusividad para hacer los estudios mientras dure el permiso.

El término de estos permisos podrá ser prorrogado cuando la inejecución de los estudios, dentro del lapso de vigencia del permiso, obedezca a fuerza mayor.

- Artículo 58: Mientras se encuentre vigente un permiso de estudios no podrá concederse otro de la misma naturaleza, a menos que se refiera a aplicaciones o utilizaciones distintas de las que pretenda el titular, ni otorgarse a terceros el uso del recurso materia del permiso.

Los permisos de estudio, en su concepción original, buscaban que no hubiera necesidad de tramitar una concesión de aguas con todo el trámite, tiempo y recursos que eso implica, si no se tenía la seguridad si la fuente servía o no para los propósitos que buscaba el particular, concretamente para la producción de energía. En la medida en que el mercado de producción de energía a partir del agua, se hizo competitivo y entraron particulares al sector, el permiso de estudio dejó de ser una herramienta de economía procesal y de recursos, y se convirtió en una herramienta de especulación y de valorización de los proyectos en la medida en que con un permiso de estos, tenían un mínimo de viabilidad ambiental,

lo que los ubicaba en el mercado en mejores condiciones que aquellos que no tenían ningún pronunciamiento positivo de la autoridad ambiental .

10.3 Aspectos principales de los artículos

Al analizar estos artículos, es necesario detenerse en el concepto de recurso natural, pues los permisos de estudio se otorgan para los recursos naturales renovables. Para encontrar la definición de qué son recursos naturales debemos encontrar primero una definición o enumeración legal.

Dado que no puede predicarse de una codificación o de un antecedente que pueda considerarse como fuente de interpretación auténtica de las normas del Código, habrá que remitirse al mismo Código para encontrar qué son o cuáles son los recursos naturales renovables.

El Art. 3 del Código de Recursos Naturales establece:

De acuerdo con los objetivos enunciados, el presente Código regula:

El manejo de los recursos naturales renovables, a saber:

- a) La atmósfera y el espacio aéreo nacional.
- b) Las aguas en cualquiera de sus estados.
- c) La tierra, el suelo y el subsuelo.
- d) La flora.
- e) La fauna.
- f) Las fuentes primarias de energía no agotables.
- g) Las pendientes topográficas con potencial energético.
- h) Los recursos geotérmicos.

- i) Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental o insular de la república.
- j) Los recursos del paisaje.

Queda el interrogante: ¿para definir cuáles son los recursos naturales renovables a efectos de una interpretación auténtica, los mencionados en los numerales transcritos son exhaustivamente los que para la ley son recursos naturales renovables o pueden haber otros no incluidos en el listado proporcionado por el Código?

La clave para responder esa pregunta recae en la expresión del Artículo 3 “Los recursos naturales son los siguientes a saber:”

¿Significa esta expresión seguida de una lista o enumeración que esta es taxativa y que no caben otros?

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua - Vigésima segunda edición la expresión “a saber” significa:

Es a saber, o esto es.

1. expr. Es a saber.

1. exprs. U. para dar a entender que se va a explicar mejor o de otro modo lo que ya se ha expresado.

De acuerdo con criterio de interpretación basado en el significado literal de las expresiones o gramatical, deberá entenderse por recursos naturales, sólo los que aparecen en el listado.

Entonces, medio ambiente no es todo lo que nos rodea, medio ambiente son los recursos naturales renovables. Ese es el objeto de la protección del derecho al medio ambiente y hacia ese objeto de protección deben dirigirse exclusivamente todos los esfuerzos por parte de las autoridades ambientales. De hacerlo en forma diferente se estaría distorsionando todo el objeto de protección de la norma. (González, 2004, p 101).

Una de las distorsiones que se presentan con los permisos de estudio, que se han tramitado y otorgado recientemente, tiene que ver con el hecho que se ha otorgado para estudiar cuencas hidrográficas completas y no recursos hídricos individualizados. Como se ve hay una gran diferencia, en términos de competencia empresarial, cuando se puede reservar una fuente en unos puntos y cuando se puede reservar un área contenida en un polígono, pues una fuente se refiere a una sola corriente específica, con determinación clara de nombre de la fuente, sitio de captación, ubicación de las obras, y si se trata de una cuenca, esta cobija todas las corrientes principales o secundarias que le son asociadas, sin definirlas ni individualizarlas, y por lo tanto el objeto del permiso estaría abierto, abstracto y general.

Quien solicita el permiso para puntos específicos, ya tiene su proyecto bosquejado y va a estudiar el agua para ese proyecto, ya ha hecho esfuerzos para pre diseñar y tiene algunas ideas claras de lo que va a ser su proyecto. Quien solicita permiso de estudio de una cuenca, va a estudiar su potencia hidroeléctrica sin vincularlo a proyectos específicos, para saber qué y cuántos proyectos ubicar, sin tener claro

ninguno, y con el único fin de reservar el área, de bloquear otros interesados, y de valorizar un intangible en un mercado cada vez más competido como lo es la producción hidroeléctrica.

Quien solicita el permiso sobre una cuenca, busca ganar tiempo para estructurar un proyecto específico, es decir, no ha hecho el trabajo previo de bosquejar un o unos proyectos preliminares sobre los que va a pedir concesión de aguas o licencia ambiental. Al poderse reservar un área considerable, como lo es el área que contiene una cuenca, bloquea otras solicitudes que pueden ser serias, haber realizado su trabajo previo de manera juiciosa, que iba a pedir el permiso para un proyecto concreto, pero al existir el permiso en cabeza de una empresa o persona que lo obtuvo para toda la cuenca, pierde el esfuerzo a costa de quien sólo busca intereses mercantilistas, de valorizar una empresa al ser titular de un permiso de esta índole.

Entonces surge la inquietud de que si es dado que los permisos de estudio existen para recursos naturales, se pueden otorgar sobre cuencas, en otras palabras si las cuencas se pueden considerar como recursos naturales renovables.

Para contestar esa inquietud se debe recurrir al criterio de interpretación sistémica y para esto hace falta remitirse a otras normas que expliquen mejor el término sobre el cual se presenta confusión, pues la interpretación sistémica es aquella que aclara una norma oscura, basándose en otras normas análogas que utilicen las mismas palabras o expresiones de la norma a interpretar.

Para el caso que nos ocupa, se hace necesario saber si los permisos de estudio se pueden otorgar sólo sobre los recursos mencionados en el Art. 3 del Código, o si se pueden otorgar, por ejemplo, sobre cuencas.

En varios ordenamientos legales se diferencia cuenca de recurso natural así:

Decreto número 1729 de 2002

ART. 3º—Del uso. El uso de los recursos naturales y demás elementos ambientales de la cuenca, se realizará con sujeción a los principios generales establecidos por el Decreto-Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, sus normas reglamentarias y lo dispuesto en el presente Decreto.

De la ordenación

ART. 4º—Finalidades, principios y directrices de la ordenación. La ordenación de una cuenca tiene por objeto principal el planeamiento del uso y manejo sostenible de sus recursos naturales renovables, de manera que se consiga mantener o restablecer un adecuado equilibrio entre el aprovechamiento económico de tales recursos y la conservación de la estructura físico-biótica de la cuenca y particularmente de sus recursos hídricos.

Decreto número 1933 de 1994

ART. 2º—Definiciones. Para efectos señalados en el Artículo 45 de la Ley 99 de 1993 se deben tener en cuenta las siguientes definiciones:

Ventas brutas de energía por generación propia: es el resultado de multiplicar la generación propia por la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética.

Generación propia: energía eléctrica generada por la planta, a la que se le debe descontar el consumo propio de la planta. Se medirá en el secundario del transformador de la subestación asociada a la planta generadora.

Cuenca hidrográfica: conjunto territorial hidrográfico de donde proviene y se surte una central hidroeléctrica del recurso hídrico para la producción de energía eléctrica hasta el sitio de presa u otra estructura de captación. Hacen parte de este conjunto la cuenca tributaria del cauce principal y las cuencas de los cauces captados con desviaciones de agua para el mismo fin.

Decreto número 1900 de 2006

ART. 1º—Campo de aplicación. Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales y que esté sujeto a la obtención de licencia ambiental, deberá destinar el 1% del total de la inversión para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica; de conformidad con el parágrafo del Artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Como se observa, el Decreto 1729 de 2002 habla de los recursos naturales y demás elementos ambientales de la cuenca, y que la ordenación de una cuenca tiene por objeto principal el planeamiento del uso y manejo sostenible de sus recursos naturales renovables.

El Artículo separa el concepto de cuenca de los recursos naturales que la componen y en ningún momento identifica cuenca con recurso natural, sino que al contrario los separa, mencionando que la cuenca es diferente a los recursos naturales que la componen.

El Decreto 1933 de 1994 reza que cuenca hidrográfica es el conjunto territorial hidrográfico de donde proviene y se surte una central hidroeléctrica del recurso hídrico. Define claramente cuenca no como un recurso natural sino como un conjunto territorial, de donde se puede surtir recurso hídrico. Quedan también separados los conceptos de cuenca y recurso hídrico, y es más, se define cuenca como conjunto territorial, lo que en ningún momento puede ser un recurso natural.

El Decreto 1900 de 2006 establece que la cuenca hidrográfica alimenta la respectiva fuente hídrica, es decir, también separa la cuenca de la fuente hídrica, siendo la cuenca, la que alimenta la fuente que es el recurso natural según el Artículo 3 del Decreto 2811 de 1974.

De la interpretación de las normas anteriores se deduce que la Ley ha definido cuenca como un área geográfica donde confluyen fuentes hídricas, pero en sí misma no es recurso natural renovable, y por lo tanto, sobre ella no se puede otorgar permiso de estudio. Es además claro, que para estudiar el potencial de generación eléctrica de una cuenca, no se necesita el permiso de estudio, pues esta sería una etapa muy preliminar, anterior a la que requiere el permiso

ambiental, pues estudiar las posibilidades de una cuenca, significa que aún no se tienen proyectos concretos, con definiciones o bosquejos, siendo necesario vincular el permiso de estudio a una fuente hídrica determinada y a un proyecto de generación hidroeléctrico también determinado.

10.4 Competencia para el otorgamiento de permisos de estudio

Los permisos de estudio, en general, son otorgados por las CARs, en virtud del numeral 9 del Art. 31 de la Ley 99 de 1993, que establece:

Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva;

La cláusula general de competencia para permisos ambientales está radicada en las CAR, que son la única autoridad competente para otorgar cualquier clase de permisos ambientales, incluyendo los permisos de estudio. El MAVDT, otorga únicamente licencias ambientales, en casos específicos y generalmente para proyectos de trascendencia nacional. Eventualmente el Ministerio se encarga de permisos ambientales, en los casos que otorga una licencia ambiental que requiere el uso de recursos naturales, entonces, la licencia debe pronunciarse sobre ese uso, incluyendo los permisos para su uso en la licencia ambiental. Por ejemplo, un proyecto hidroeléctrico de competencia del Ministerio, en cualquier caso necesita concesión de aguas para generación. Es obligación del Ministerio, si el usuario no tiene aún la concesión de aguas, incluir en la resolución que otorga la licencia ambiental, la correspondiente concesión de aguas.

Debido a que el permiso de estudio es un paso preliminar a la licencia ambiental, este nunca podría estar incluido en una, sino que es un permiso independiente, de cuya información se concluye la posibilidad de tramitar la licencia ambiental o la concesión de aguas, pero siempre será un permiso independiente, nunca incluido en una licencia ambiental, y por lo tanto, siempre será otorgado por una CAR.

10.5 Concurrencia o conflicto de competencias

Muchas veces, las fuentes hídricas sobre las que se pide un permiso de estudio, son cuencas compartidas, es decir, corresponden a dos o más CARs., territorial, presentándose el conflicto de competencias, cuando la fuente es limítrofe entre jurisdicciones de dos o más CAR, y no entre jurisdicciones geográficas territoriales.

Dado que la jurisdicción de la CAR, de acuerdo con la Ley 99 de 1993, está específicamente establecida, debe determinarse quién otorga el permiso de estudio de una fuente hídrica compartida y en jurisdicción de dos CARs, pues que una sola corporación lo haga, invadiría la jurisdicción de la otra. En tales casos, habrá que remitirse a las normas diseñadas para estos eventos.

En primer lugar, está la Ley 99 de 1993, norma específica para dirimir estas discrepancias entre competencias de las CARs así:

Artículo 5.- Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:

31. Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que se susciten con motivo del ejercicio de sus funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente;

Podría considerarse que determinar qué Corporación tiene mejor derecho u obligación de otorgar determinado permiso de estudio significa una discrepancia, entonces, siempre que se trate de un permiso de estudio de una fuente hídrica compartida, en jurisdicción de dos Corporaciones, habría que solicitar al Ministerio que dirimiera la discrepancia y definiera qué Corporación debe otorgarlo, esta decisión del Ministerio, dado que es un tema de competencia, es una decisión de trámite a la que, por prohibición expresa del Código Contencioso, no le caben recursos en la vía gubernativa ni es demandable.

Hasta este momento, parece haber claridad en el asunto, pero surge la reforma al Código Contencioso Administrativo así:

Artículo 33. —Funcionario incompetente. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir, se ampliarán en diez (10) días.

Parágrafo. Adicionado por la Ley 954 de 2005, Artículo 4°.

Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Es el caso concreto del conflicto de competencias positivo, en el que dos autoridades quieren otorgar un determinado permiso de estudio, pues tienen elementos para decir que la fuente solicitada es de su jurisdicción.

La Ley 954 de 2005 es norma posterior a la Ley 99 de 1993. ¿Cuál es la vigente, en caso de permisos de estudio ambientales de recursos hídricos?

Podría considerarse que ambas normas tratan de conflictos o concurrencia de competencias entre entidades públicas como lo son indudablemente las CAR y contemplan dos mecanismos diferentes de resolverlos. La ley 99/93 a través del Ministerio y la Ley 954/05 a través del Consejo de Estado. Siendo la Ley 954/05, posterior a la 99/93, y no habiendo ésta dejado expresamente vigente la 99/93 en ese aspecto, debe aplicarse la norma posterior, pues tácitamente deroga la norma anterior.

En conclusión, el MAVDT, perdió la facultad que le había otorgado la Ley 99/93 de dirimir conflictos de competencias entre CARs, bajo la Ley 954/05 que dirime conflictos de competencias entre entidades, cualquiera que estas sean, de la administración pública.

Para el caso específico de Licencias ambientales el Decreto 2028 de 2010 resolvió la definición de competencias así:

Artículo 12. Definición de competencias. Cuando el proyecto, obra o actividad se desarrolle en jurisdicción de dos o más autoridades ambientales, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, designará la autoridad ambiental competente para decidir sobre el otorgamiento de la licencia ambiental.

En el acto de otorgamiento de la misma, la autoridad designada precisará la forma de participación de cada entidad en el proceso de seguimiento.

En todo, caso, una vez otorgada la licencia ambiental, el beneficiario deberá cancelar las tasas ambientales a la autoridad ambiental en cuya jurisdicción se haga el uso, aprovechamiento y/o vertimiento respectivo. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en este Artículo, la autoridad ambiental a la cual se formule la solicitud de licencia ambiental o el interesado, si considera que existe colisión o concurrencia de competencias sobre el

proyecto, obra o actividad, pondrá en conocimiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dicha situación, para que éste designe dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a una de las autoridades ambientales competentes, como responsable de adelantar el procedimiento para el otorgamiento de la licencia ambiental.

No siendo las Licencias Ambientales, tema de este trabajo, se considera que la norma trascrita se conserva vigente, pero únicamente para licencias ambientales, sin que pueda extrapolarse a otros instrumentos como los permisos de estudio.

Las CAR y el MAVDT, han optado por una solución práctica, y han decidido resolver los conflictos de competencia en el otorgamiento de permisos de estudios de recursos hídricos de una fuente compartida, sin que haya una claridad legal, a través del Ministerio, para evitar el, un poco más complicado, trámite ante el Consejo de Estado.

La solución de la definición del conflicto de competencias por el MAVDT en el caso de permisos ambientales, ha surgido de la necesidad más que de la legalidad, pues dada la cantidad de permisos ambientales sobre recursos compartidos por dos CARS, es tan grande, que enviar al Consejo de Estado todas las definiciones de estos casos, haría negatoria la obligación de las CARs y el derecho de los usuarios a que se otorguen estos permisos. Las dificultades que pueden surgir en los permisos de estudio, respecto de las competencias para otorgarlos, se derivan de la gran cantidad de fuentes compartidas entre CARS, ya que las corrientes y cuencas se han utilizado como zona de transición para cambiar de jurisdicción.

10.6 ¿Quién puede tramitar un permiso de estudio del recurso hídrico para generación hidroeléctrica?

En principio, cualquier persona natural o jurídica, puede ser titular de un permiso de estudio de recursos naturales, dada la igualdad ante la ley que se predica en la Constitución. Además, la norma que regula los permisos de estudio, no “califica” el sujeto activo de estos, y donde la ley no hace distinción la autoridad pública, en este caso la CAR, no puede hacerla.

La solución parece fácil y cualquier ciudadano puede tramitar estos permisos, pero cabe preguntarse ¿cualquier ciudadano con su propio esfuerzo, puede desarrollar un proyecto hidroeléctrico? En principio, la Constitución colombiana garantiza el acceso a la libre empresa, y salvo prohibición expresa legal, todo colombiano puede desarrollar cualquier empresa productiva. Desde el aspecto práctico, dada la complejidad y las cuantiosas inversiones que deberealizar para llevar a cabo un proyecto de esta clase desde la misma etapa de planeación, no es real pensar que un ciudadano sin respaldo empresarial, pueda consolidar *per se* un proyecto hidroeléctrico en todas sus etapas. De lo anterior se deduce el ánimo especulativo de personas naturales y jurídicas sinvocación técnica o económica, que tramitan permisos que necesariamente deben derivar en un proyecto de generación eléctrica a partir del agua.

Cobra relevancia en este contexto, conocer de dónde surgieron los permisos de estudio para proyectos hídricos y para ellose realizará un breve recorrido no explicativo y en orden cronológico de la normatividad hídrica colombiana:

- 1913. Ley 25. Atribuye al Ministerio de Agricultura y Comercio la organización del servicio de meteorología.
- 1919. Ley 119. Faculta a los concejos municipales para dictar normas tendientes... a la conservación, aumento y utilización de las aguas...
- 1923. Asignación al Ministerio de Industrias y Trabajo de los asuntos relativos al régimen de aguas, fuerza hidráulica, baldíos y bosques nacionales.
- Ley 113. La Nación se reserva el dominio y uso de la fuerza hidráulica y establece el régimen para el otorgamiento de concesiones con ese fin.
- Ley 200. Contempló normas de protección de aguas y bosques.
- 1938. Creación del Ministerio de Economía Nacional y se organizó la dependencia de Tierras, Aguas y el de Irrigación.
- 1940. Decreto 1382. Se dictaron normas sobre el aprovechamiento, distribución y conservación de aguas de uso público.
- 1946. Ley 80. Se crea el Instituto Nacional de aprovechamiento de aguas y Fomento Eléctrico.
- Decreto 2420. Crea el INDERENA.
- 1969. Acuerdo 3 del INDERENA. Fija como objetivo de este Instituto g) Protección de las cuencas hidrográficas.

Hasta el año de 1974, en el Código de Recursos Naturales, ninguna de estas legislaciones consideró el tema de permisos de estudio, teniendo en cuenta además, que el permiso de estudio se establece para todos los recursos naturales renovables en general y no sólo para el recurso hídrico en particular.

Toda la legislación en materia de aguas, anterior al Código de los Recursos Naturales Renovables, consideraba el uso del recurso con beneficio para el hombre, pero no hacía mucho énfasis en cuanto a la conservación, ya que los problemas de escasez no se habían evidenciado y el crecimiento de la demanda de energía hidroeléctrica fijaba como prioridad el uso de las corrientes

con potencial de generación. La construcción de grandes centrales de generación hidroeléctrica fue el denominador común hasta la década del 90, pues no existían normas que protegieran de manera directa el medio ambiente del impacto que producían esta clase de proyectos.

La situación que se plantea respecto de la avalancha de solicitud de permisos de estudio se da en la actualidad, debido a la posibilidad de que empresas privadas desarrollen proyectos hidroeléctricos, esto con la Ley 142 de 1994, de servicios públicos. Sin embargo, mientras se consolidaba la figura de empresas privadas prestadoras de servicios públicos, pasó un tiempo de definición de proyectos de interés, búsqueda de socios estratégicos, y “descubrimiento” de la figura de permisos de estudio ambientales, que garantizaba que por dos años no habría interferencia en la fuente, y que el proyecto tendría un principio de viabilidad ambiental, lo que permitía presentarlo ante los inversionistas y el gobierno, por lo tanto el uso abusivo de la figura inicia sólo hace unos pocos años.

10.7 Régimen de aguas en el Código Nacional de Recursos Naturales

Maneras de usar el recurso agua de acuerdo con el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables, y su Decreto Reglamentario 1541 de 1978.

10.8 Uso por ministerio de la ley. Todos los habitantes de Colombia, pueden utilizar las aguas sin permiso del Estado, y sin pagar costo alguno para satisfacer las necesidades elementales, las de su familia, y las de sus animales de uso doméstico, en cuanto con ello no se violen disposiciones legales o derechos de terceros. Este uso se debe hacer sin establecer derivaciones, ni emplear máquina, ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar ni contaminar las

aguas de tal forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros. Cuando para el ejercicio de este derecho se requiera transitar por predios ajenos, se debe imponer la correspondiente servidumbre.

Es loable la intención del legislador al consagrar esta norma, pero no tiene interés práctico, pues si para ir a beber agua directamente del cauce es necesario tramitar la imposición de una servidumbre de tránsito, resulta más sencillo realizar una derivación de la corriente y tramitar la servidumbre de acueducto.

Dado que las necesidades que se pretenden satisfacer con el uso del agua por el Ministerio de la Ley son las elementales, realmente poco lógico pretender que el usuario tramite una servidumbre, proceso que puede ser demorado y que además exige el pago de una contraprestación económica. En el futuro, el legislador debería crear un mecanismo ágil para poder acceder a este uso del agua, ya que lo que se busca proteger es la satisfacción de necesidades elementales, del ser humano, correlativas a la salud, la vida, el trabajo etc.; y por lo tanto, de inmediato cumplimiento. La propuesta del referendo para que se considere el acceso al agua potable como un derecho fundamental, desde el punto de vista de visualizar el agua como recurso estratégico e insumo indispensable de la supervivencia, es importante, y equivaldría a trasladar el medio ambiente del campo de los derechos colectivos a los fundamentales. Desde lo práctico, esta consagración no representa una gran avance, pues la conexidad entre agua y vida o salud es tan directa que de hecho es un derecho fundamental garantizable por acción de tutela, y además, teniendo en cuenta que la categorización de los fundamentales no depende de que se les llame así en la Constitución, sino que los Jueces y las Cortes en casos concretos determinen que algunos, que en principio no son fundamentales, por interpretación sí lo sean, en este caso, sería posible acceder, vía tutela, al agua tanto para personas individualizadas como para comunidades.

El Código Nacional de los Recursos Renovables, como se ha expresado en varias oportunidades a lo largo de este escrito, es una legislación pionera y vanguardista en el manejo integral o “ecológico” del medio ambiente, sin embargo, en el tema específica del agua, se enfoca desde el concepto de “uso”, “beneficio” o “explotación”, que son conceptos antropocentristas, privilegiando el uso actual a la disponibilidad futura.

Es necesario adoptar una legislación que modifique el Código en cuanto al recurso hídrico, que tenga en cuenta el potencial que le da al país ser una fuente mundial de agua y que privilegie su uso racional sobre el económico, que le dé valor de bien de capital para quienes se lucran de él estableciendo obligaciones correlativas al beneficio que obtienen, que desligue la disponibilidad del agua del predio o fundo por donde discurre, democratizando su acceso y que permita su uso económico sólo a quienes pueden garantizar que el estado de la fuente, corriente o cuenca relacionada se mejorará en la medida que utiliza el agua como insumo de plusvalía.

10.9 Concesiones de aguas

Dentro de las formas de contratación Estatal, tradicionalmente se ha consagrado la concesión. De acuerdo con la norma de contratación pública, Ley 80 de 1993, en su Artículo 32 la define así:

Son contratos de concesión los que celebren las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionaria, la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una

obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Para el uso de aguas se habla de concesión, precisamente por la calidad de bien de uso público que estas tienen, y el aprovechamiento que un particular realiza de las mismas. El usuario se convierte en un administrador de un bien de uso, ya que debe responder porque éste se mantenga en buenas condiciones y además, debe realizar las obras necesarias para el aprovechamiento y complementariamente, puede comercializar el agua que le haya sido concedida.

En su desarrollo, la figura de contrato para la concesión de aguas no ha sido aplicada, y su trámite se circunscribe al del derecho de petición con ritualidades especiales, que finalmente, se desata con la expedición de una resolución que otorga el uso temporal de las aguas a una persona natural o jurídica.

Realmente, la figura de concesión de aguas es un híbrido entre la contratación administrativa y el derecho de petición en interés particular, pues a pesar de que lo que finalmente resulta del proceso no es un contrato, sino una resolución, éste contiene todos los elementos esenciales del contrato de concesión como son la tasa, la reversión al Estado de las obras construidas, la prioridad a otras personas que quieran acceder al uso del agua después de transcurrido cierto lapso de tiempo, y la declaratoria de caducidad, figura esta netamente

contractual.

10.9.1. Características de las concesiones de agua

- A. Se otorgan o se niegan por resolución motivada.
- B. Sólo las puede otorgar la autoridad ambiental competente, es decir, aquella que tiene jurisdicción en el sitio de captación del agua. Sin embargo, cuando son cauces limítrofes, las Corporaciones Autónomas de cada jurisdicción se pueden poner de acuerdo acerca de qué autoridad debe otorgar la concesión (conurrencia de competencias), y si no se ponen de acuerdo, el Ministerio del Medio Ambiente es quien define la autoridad competente (conflicto de competencias).
- C. Se otorgan por un plazo determinado, diez años para interés particular y cincuenta años para interés público, el cual es prorrogable siempre y cuando al término del plazo no hayan otras personas interesadas en obtener la misma concesión.
- D. Son básicamente variables a juicio de la autoridad ambiental, dependiendo de factores técnicos y ambientales y no es necesario el consentimiento del titular de la concesión. Igualmente la variación puede realizarse por necesidad de un cambio en el orden de prelación en cada uso.

El orden de prelación de concesión de aguas es:

- Utilización para el consumo humano, colectivo o comunitario, sea urbano o rural.
- Utilización para necesidades domésticas individuales.
- Usos agropecuarios comunitarios, comprendidas la acuicultura y la pesca.
- Usos agropecuarios individuales.
- Generación de energía hidroeléctrica.
- Usos recreativos comunitarios.

- Usos recreativos individuales.
- El usuario necesita autorización de la autoridad ambiental para modificar las condiciones de la concesión, igualmente cederla a otra persona, por lo que se deduce que la concesión de aguas no es una prerrogativa para el predio, sino para su dueño poseedor o tenedor, y con el cambio de titular del predio beneficiado, no cambia automáticamente el titular de la concesión, sino que se debe solicitar ante la autoridad ambiental la cesión de la concesión.
- La concesión de aguas siempre contiene la cláusula de caducidad de la misma, la cual puede ser declarada cuando el usuario incumpla las condiciones que se impusieron en la resolución que concedió el uso de las aguas. Esta caducidad puede declararse sin perjuicio de las sanciones que están contempladas en la Ley.
- La concesión de aguas deberá manejarse como se concibió en un inicio, como un contrato para usar temporalmente bienes que pertenecen al Estado, y no como una liberalidad o permiso unilateral, como derivó con la aplicación. La figura de contrato, tiene que ver más con beneficio correlativo, para el dueño del recurso, (Estado) y para el usuario, afectando la continuidad del contrato el cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales, y haciendo partícipe al Estado de los beneficios que obtenga un usuario del agua por su uso como bien de capital o generador de utilidades empresariales. Las concesiones para usos como el hidroeléctrico, deberían partir de ofrecimientos del Estado, que obedezcan a una planificación, de las fuentes en las cuales hay posibilidades hidroeléctricas definidos técnicamente, y quien ofrezca mejores condiciones puede acceder a su uso, terminado la competencia empresarial y los conflictos entre solicitantes y de estos con las autoridades ambientales.

11. El agua desde lo jurídico

Como se ha observado, se puede permitir el uso de aguas de dominio público para su estudio o para la producción de energía eléctrica, sea con el “pre-permiso” que es equivalente al permiso de estudio, o la concesión de aguas, (independiente o incluida en la licencia ambiental); es importante profundizar acerca del fenómeno jurídico que posibilita el otorgamiento de tan grandes cantidades de agua para un solo usuario, y analizar si el agua destinada para la producción eléctrica, pierde su connotación de bien de uso público, es decir, que no puede ser apropiada por particulares y por lo tanto, no puede tener dueños.

11.1 Aguas en el Código Civil

El Código Civil, el más antiguo, que rige en nuestro país, fue inspirado por el derecho francés pos-revolución, el Código de Napoleón y el Código Civil de Chile adaptado por don Andrés Bello. Este Código contiene profusas referencias al régimen de aguas, especialmente en relación con la afectación de aquellas sobre la propiedad privada y establece la piedra angular de la legislación hídrica en Colombia, en su Artículo 677 que textualmente reza:

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios. Exceptuándose las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños.

Sobre este artículo descansa toda la legislación en materia del recurso hídrico que hasta ahora ha sido expedida (Código Nacional de Recursos Naturales, Decreto 1541 de 1978) y su importancia estriba en la facultad del Estado de administrar los recursos hídricos, poder autorizar el uso de aguas, sea mediante un acto de concesión, o un contrato de asociación del material que éstas transportan, la fauna y flora presentes, la navegación, las obras hidráulicas etc. Igualmente, imprime el carácter de beneficio público e interés social de los permisos de utilización de aguas.

“Art. 683. No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas”.

No resulta posible saber si el legislador de 1886, incluyó esta norma en el Código Civil, debido a la propiedad que sobre las aguas tiene el Estado, y por lo tanto su uso, ya sea directamente hecho en el cauce o por medio de derivaciones, debe ser permitido por éste, o si ya en aquella época consideraba, como se sabe con certeza en la actualidad, el daño ambiental que se puede producir con la canalización de un cauce, además del peligro para las comunidades humanas presentes en el área.

La realización de cualquier obra hidráulica debe contar con estudios y memorias técnicas, que garanticen la seguridad de éstas y el mantenimiento ambiental del cauce principal, teniéndose en cuenta además, que quien construye un canal lo utiliza para sus propósitos y por lo tanto, el agua que discurre por éste, indirectamente asume la connotación de privada que tiene la obra.

El Código Civil Colombiano, en lo relativo a los fenómenos naturales que pueden acontecer con los cauces, siempre teniendo en cuenta las afectaciones a bienes privados, es decir, la relación con el agua interior, se basa en su capacidad destructiva o al menos desestabilizadora del statu-quo de la propiedad inmueble, con fenómenos que describe así:

Art. 719. Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas.

Art. 720. El Terreno del aluvión accede a las heredadas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua, pero en puertos habilitados permanecerá la unión.

El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus cruces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce y no accede mientras tanto a las heredades contiguas.

Art. 722. Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta, es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero sino la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio al que fue transportada.

Este fenómeno, es más bien ilustrativo, pero sin ningún efecto práctico, pues no resulta fácil de imaginar un trozo de un inmueble que es arrastrado por el agua hasta otro y conserva su utilidad, además más difícil de imaginar todavía es que

tal trozo sea susceptible de ser retornado al sitio donde fue arrancado. Es una de las curiosidades del Código Civil.

“Art. 723. Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes volverá a sus antiguos dueños”.

Este artículo no es más que la aplicación práctica de que el agua y su cauce son propiedad del Estado, y que a medida que el agua varíe su discurrir, variará la propiedad privada de los dueños de los predios que se afecten con dicha variación. El Código Civil, liga la propiedad inmueble al uso de las aguas, y es por esto que los desarrolladores de proyectos hidroeléctricos, en algún momento, deben entrar a comprar predios del área de influencia, pues esto garantiza la reducción de predios vecinos, y por lo tanto, menor intromisión de estos con la fuente que surte el proyecto.

Igualmente, normas como la anterior han fomentado que muchas veces los dueños de predios rurales, vean con antipatía los cauces que discurren por sus fundos, pues ante cualquier evento natural, pueden perder parte considerable del mismo, y convertirse en bien de dominio público con todas las consecuencias que esto conlleva. Además, esta situación ha promovido que se realicen obras hidráulicas antitécnicas y peligrosas a fin de evitar que una corriente cambie su cauce, y afecte su propiedad.

“Art. 275. Si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas, accederán a las heredadas contiguas como en el caso del Artículo precedente”.

Todas estas consecuencias de los fenómenos naturales de las corrientes hídricas, se ven más agravadas aún para la conservación del recurso agua cuando hay cauces limítrofes entre dos fundos, y esa delimitación es el lindero y mojón entre los predios. Ante cualquier variación natural del rumbo de la corriente el lindero se varía en favor de uno de los predios y lógicamente en contra del otro. Esto lleva a que los vecinos vean al río como el indeseable causante de que su predio se disminuya de tamaño en favor del vecino. En consecuencia, se fuerza al río a mantener un cauce obligatorio a como dé lugar, casi siempre afectando negativamente el recurso, y a llenar el cauce con cercas y alambres de púas peligrosas y degradantes. Se requiere por tanto, impartir una directriz a las instituciones encargadas de la titulación de predios, para cuando encuentren corrientes que sirvan de límite entre predios, se abstengan de realizar el registro, hasta tanto ese lindero sea reemplazado por mojones más estables y menos frágiles que una quebrada o río.

El Código Civil, igualmente, contempló las servidumbres de acueducto y las naturales de agua lluvia que van de un predio superior a otro inferior, y posteriormente el Código de Recursos Naturales desarrolló profusamente estas normas.

A mediados del siglo XX, todavía, estaba bajo discusión si por estar incluida en el Código Civil, el agua era un bien apropiable por los particulares, y qué papel debía jugar el Estado en su regulación. Las álgidas discusiones jurídicas que se hicieron en la época, concluyeron que el agua es siempre del Estado, y que la puede “prestar” temporalmente a los particulares, volviéndose precariamente de su propiedad. De acuerdo con Bernardo Uribe en su obra “Las aguas ante el derecho positivo colombiano”, estos son los argumentos de dicha conclusión:

Si bien es cierto que el Código Civil establece que las aguas que no nacen y mueren dentro de una misma heredad son aguas de uso público de propiedad del Estado, esto no se opone a que el mismo legislador disponga que sobre esos bienes pueden establecerse derechos de carácter civil, es decir, irrevocables por parte del Estado, y que por lo tanto, deben ser respetados por él. (Uribe, p. 44)

Según lo explican los profesores de derecho administrativo francés sobre los bienes de uso público pueden establecerse derechos análogos a los derechos reales. Así el profesor Hauriou en su tratado de Derecho Administrativo y Público p. 796, hablando sobre esa clase de derechos, dice lo siguiente:

Posibilidad de enajenaciones y de constituciones de derechos reales por los procedimientos administrativos. Existe todo un comercio jurídico de la vida administrativa, todo un conjunto de derechos reales especialmente administrativos y toda una serie de operaciones especialmente administrativas para la constitución de esos derechos reales; el comercio jurídico de la vida administrativa se distingue del de la vida privada en que no pretende ser como éste, perpetuo y definitivo, sino por el contrario, tiene carácter provisional, temporal o vitalicio. En tanto que las situaciones de la vida civil han descartado con cuidado todo elemento de precariedad, las situaciones de la vida pública y administrativa se caracterizan en cambio por el hecho de que el elemento de precariedad nunca está completamente ausente. El modo común de alineación o de constitución de derechos reales afectadas por la precariedad sobre el dominio público es la concesión. Pueden hacerse concesiones temporales sobre las dependencias del dominio público y esto es una práctica constante. Dichas concesiones confieren al concesionario no solamente la posesión y el ejercicio de la acción posesoria, sino también un verdadero derecho de goce

sobre la cosa, con la sola circunstancia que este derecho real es temporal. Revocable y readquirible como la concesión misma.

La anterior doctrina informa por regla general el derecho legal colombiano. En efecto, el Artículo 2519 del Código Civil declara que los bienes de uso público son imprescriptibles y los artículos 679 y 683 del mismo Código, sujetan al aprovechamiento que hagan los particulares de esa clase de bienes, a permisos administrativos, que en ningún caso, confieren propiedad y son de carácter temporal. Es decir, que de conformidad con las normas citadas, los particulares que adquieren derechos administrativos en los bienes de uso público, los adquieren con un carácter de precariedad, como se explicaba anteriormente en palabras del profesor Hauriou en las frases reproducidas antes. (Uribe, p.44.)

De acuerdo con Vasco (1953) el Artículo 677 del Código Civil, declara que los “ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes de la Unión, de uso público”. Ahora bien, el artículo citado dice claramente que los bienes de uso público tiene carácter de tales, por cuanto “su uso pertenece a todos los habitantes del territorio”, es necesario concluir que sobre las aguas de dominio público, por ser bienes de uso público, a cuyo uso tienen derecho todos los habitantes de un territorio, no es posible establecer derechos adquiridos de índole civil –comprendiendo en el derecho sobre las aguas públicas, el de su uso y goce- por cuanto no son bienes, objeto de apropiación privada y por tanto, susceptibles de ingresar en el patrimonio de las personas.

Por lo expuesto, es necesario concluir que las disposiciones consignadas en los artículos 892 y siguientes del Código Civil, no tienen carácter propiamente civil, y que, por consiguiente, no son “leyes civiles” con acuerdo a las cuales exige la

Constitución que se hayan adquirido los derechos que son salvaguardados por ella en su Artículo 30. (Constitución de 1886)

Sería absurdo también, pensar que las aguas de uso público, por el sólo hecho del uso y goce legítimo que los particulares ejercen sobre ellas, pierden el carácter de tales, y por consiguiente se haga inoperante la disposición del Artículo 2519. A este propósito dice la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de Octubre de 1941, que “las aguas nacionales de uso público constituyen una res communis y nadie puede adquirir sobre ellas derechos absolutos de dominio, ni alegar prescripción, ni fundar derecho sostenido en posesión inmemorial”.

Con base en las anteriores consideraciones, se afirma que los derechos consagrados en los artículos 892 y 893 para los riberanos usuarios de las aguas de dominio público, constituyen una simple reglamentación administrativa, y que por consiguiente, pueden ser modificados por una ley posterior o un decreto reglamentario con base en la ley, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 678 del Código Civil, artículo que se encuentra desarrollado en lo pertinente a las aguas de uso público por la Ley 113 de 1928 y el Decreto-ley 1381 de 1940. (Vasco, 1953. p. 22)

Se concluye en esta segunda doctrina, que el Código Civil contiene normas de derecho administrativo, más específicamente las relativas a las aguas de uso público y concluye, que a pesar de su ubicación en el Código Civil, las aguas no tienen el mismo tratamiento jurídico que las tierras.

12. Privatización del agua

Sin embargo, los opositores a los proyectos hidroeléctricos han esgrimido siempre argumentos referentes a la privatización del agua, a favor de la empresa beneficiaria de la concesión. El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, reglamentado por el Artículo 30 del Decreto 1541 de 1978, establece que las concesiones de agua para servicios públicos pueden ser hasta por 50 años, prorrogables, tiempo apenas lógico teniendo en cuenta, la importancia, las grandes inversiones, el beneficio común, la planificación urbana que se hace en torno al servicio, entonces, la precariedad del uso de la que hablan los doctrinantes, se virtualiza, pues así no se quiera, el agua que tiene una empresa durante 50 años, sobre la cual tiene unas obligaciones, no se diferencia mucho de la categoría en que un particular es propietario de un inmueble.

La pretensión de una empresa de tener la concesión de aguas para generación eléctrica en la práctica, significa adquirir la propiedad de la fuente, pues los límites o la precariedad del título que se refleja en la revocabilidad o no prórroga al vencimiento, se pierden al vincularse el uso del agua a unas astronómicas inversiones, y a un plazo que por finito, siempre se prorrogará, pues no se puede dejar una estructura diseñada para usar dicha agua, sin su insumo principal.

Los límites que se imponen a las concesiones de agua para generación, se basan principalmente en cargas económicas, representadas en las tasas de uso de agua, que redundan directamente en beneficio de la empresa usuaria con base en la Ley 99 de 1993 así:

Artículo 43.- Tasas por utilización de aguas. La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas.

El sistema y método establecidos por el artículo precedente para la definición de los costos sobre cuya base se calcularán y fijarán las tasas retributivas y compensatorias, se aplicarán al procedimiento de fijación de la tasa de que trata el presente artículo.

Parágrafo.- Todo proyecto que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad industrial o agropecuaria, deberá destinar no menos de un 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográficas que alimenta la respectiva fuente hídrica. El propietario del proyecto deberá invertir este 1% en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la cuenca que se determinen en la licencia ambiental del proyecto.

Artículo 45.- Transferencia del Sector Eléctrico. Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios, transferirán el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética, de la manera siguiente:

1. El 3% para las Corporaciones Autónomas Regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse, que será destinado a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto.
2. El 3% para los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica, distribuidos de la siguiente manera:
 - a. El 1.5% para los municipios y distritos de la cuenca hidrográfica que surte el embalse, distintos a los que trata el literal siguiente.
 - b. El 1.5% para los municipios y distritos donde se encuentra el embalse.

Cuando los municipios sean a la vez cuenca y embalse, participarán proporcionalmente en las transferencias de que hablan los literales a. Y b. del numeral 2º. del presente artículo.

Estos recursos sólo podrán ser utilizados por los municipios en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

Parágrafo 1.- De los recursos de que habla este artículo sólo se podrá destinar hasta el 10% para gastos de funcionamiento.

Parágrafo 2.- Se entiende por saneamiento básico y mejoramiento ambiental la ejecución de obras de acueductos urbanos y rurales, alcantarillados, tratamientos de aguas y manejo y disposición de desechos líquidos y sólidos.

Parágrafo 3.- En la transferencia a que hace relación este artículo está comprendido el pago, por parte del sector hidroenergético, de la tasa por utilización de aguas de que habla el artículo 43.

Tanto las Corporaciones Autónomas Regionales, como los municipios son muy celosos en el recaudo de sus transferencias del sector eléctrico, ya que constituyen algunas de sus rentas principales, y las empresas que desarrollan los proyectos encuentran una conveniencia en transferir, puesto que se invierten en la cuenca beneficiando directamente el proyecto.

La concesión de aguas para un proyecto hidroeléctrico, en la realidad significa una transmisión de la propiedad del recurso del Estado a favor de la empresa beneficiaria, pues a pesar de que teóricamente el Estado se reserva el derecho sobre el recurso, en la práctica es imposible que el recurso retorne al Estado, ni que este obtenga un beneficio por la conservación de la calidad de dueño, que sólo dio en “préstamo” el recurso. Esta situación no sucede en las concesiones ordinarias de aguas a favor de particulares, que por lo general las tienen por 5 o menos años, se les pueden revocar por ocurrencia de muchas circunstancias, pero las inversiones que hacen para su aprovechamiento son mínimas, y por lo tanto no se tiene en cuenta esa consideración al alterar las condiciones de la concesión.

La diferencia en el tratamiento entre usuarios de agua que son generadores de energía (y en general los prestadores de servicios públicos) y el resto de usuarios radica en la importancia estratégica para la economía del país de la energía eléctrica.

Cualquier planeación de uso de aguas para un proyecto de energía hidroeléctrica debe partir de la identificación de la cuenca, pues es la principal manifestación geográfica de zonas productoras de agua. Una concesión de aguas para un proyecto eléctrico siempre involucrará la cuenca a la que pertenecen los tributarios del cauce principal a captar, al que por lo general desembocan otros cauces menores de la cuenca y que resultan en últimas, captándose también, en algunos casos, aún antes que tributen al cauce principal del proyecto.

13. Cuencas y vertientes

El agua, en su contexto geográfico, se manifiesta en múltiples formas: nevados, océanos y mares, corrientes subterráneas, lluvias, vapor, lagos y lagunas, ríos y quebradas. Uno de los asuntos que ha acercado al hombre al aprovechamiento de la riqueza hídrica ha sido la valoración de ese elemento como parte de un sistema llamado cuenca, también conocida como hoya hidrográfica, la cual se define: Como una extensión de tierra geográficamente delimitada que drena las aguas que en ella caen hacia un cauce o un río, que le da el nombre. La caracterizan su extensión, su ubicación geográfica, el número de afluentes del río, su suelo, su geología, la cantidad y distribución de la lluvia en ella, su cobertura vegetal, su explotación, sus propietarios, su degradación, sus programas de recuperación y de protección, etc. (Pérez, 1996, p. 219.)

El concepto de cuenca, no es sólo biológico, sino social, pues históricamente al congregarse las comunidades alrededor de sitios con acceso al agua, las cuencas tienen unas características sociales únicas, así como uniformidad en cuanto a usos del suelo, tradiciones, factores de cohesión y al desestabilizar la población asociada a una cuenca, se desestabiliza todo un entramado social, que se conformó alrededor de la misma.

Los anteriores conceptos proporcionan una idea geográfica y física del significado e implicaciones de un sistema de cuencas, es decir, desde las ciencias naturales. Pero, ¿es posible considerar la noción de cuenca desde una perspectiva económica y social? El economista S.V. Ciriacy-Wantrup, en seminario celebrado en Knoxville, Tennessee, en junio de 1959 sobre Economía de la Planeación de Cuencas Hidrográficas, formuló el concepto de

cuenca, no como unidad de análisis de las ciencias naturales, algo ya reconocido, sino desde las ciencias sociales:

Una cuenca tiene una clara unidad conceptual en la hidrología, la geografía física y otras ciencias naturales. No es autoevidente que, a modo de corolario, una cuenca sea también una unidad lógica para el entendimiento y la formulación de políticas en un contexto de las ciencias sociales. Existen muchos ejemplos en el pasado y en el presente en que ríos grandes y pequeños y valles cenagosos han hecho las veces de líneas fronterizas y barreras a los intercambios sociales más que arterias de comunicación y las líneas hacia las que tienen peso los asentamientos. Frecuentemente, los sectores ubicados corriente arriba de una cuenca son ocupados por un grupo diferente del que habita corriente abajo; y los límites políticos bisectan cuencas hidrográficas en zonas de piedemonte. En algunas partes las luchas entre las poblaciones de tierras bajas y las de montaña han permanecido por siglos. (Pérez, 1996, p. 35.)

En la singularidad de lo que es un sistema de generación de electricidad a partir de agua, el concepto de cuenca es indispensable para lograr una comprensión de los fenómenos naturales y sociales, en una palabra ecológicos, que se desencadenan por la ejecución de un proyecto.

13.1 Sistemas hídrico-eléctricos

Al ubicar el agua como parte de un sistema denominado cuenca hidrográfica y sus posibilidades energéticas, se presenta la noción del sistema hídrico-eléctrico (S-H-E) como un conjunto de elementos geográficos e hidrográficos en

el cual se destaca el agua en armonía con cuencas, bosques, páramos, nacimientos, fauna, flora y seres humanos, cauces y accidentes orográficos que exigen una intervención del hombre, mediante el desarrollo de la infraestructura apropiada, en aras de un aprovechamiento energético con varios fines, con sentido multipropósito. Todo un complejo de relaciones que además ocasionan un alto impacto en lo social, lo político y lo cultural.

El elemento hídrico del sistema hídrico-eléctrico, mirado sistemáticamente, propicia a través de un manejo racional, la materia prima: el agua. El elemento eléctrico, de carácter artificial, representa la posibilidad de convertirse, en el camino de la Revolución Industrial, en el hilo catalizador del desarrollo: la energía eléctrica. (Pérez, 1996, p. 27.)

14. Naturaleza jurídica del agua

El agua que se capta para la producción energética, en virtud de un permiso ambiental, no sufre ninguna transformación en el proceso de producción y vuelve al cauce en un sitio ubicado más abajo de la casa de máquinas en condiciones fisicoquímicas más o menos inalteradas, pero en el proceso produjo energía eléctrica, elemento este, de gran valor económico que se produce a partir de un bien que en principio es público.

Como fuerzas difusas de la naturaleza, las ondas energéticas merecen el calificativo de cosas en sentido general. Si se pueden medir con el auxilio de dispositivos de control y son utilizadas por una persona, es decir, ingresan en su patrimonio, admiten por lo tanto la calificación de bienes. El concepto de considerar las fuerzas energéticas como bienes en el sentido explicado anteriormente, es el que prevalece en el mundo jurídico actual.

No obstante, algunos autores critican de fondo dicha tesis y sólo consideran las utilidades cuantificables de la energía como un hecho objeto de una prestación o derecho de crédito: Nadie puede ser dueño ni titular de derecho real alguno sobre una energía. Una relación posesoria sobre una energía es imposible. Tan imposible como pretender reivindicar una energía. La empresa de electricidad más poderosa del mundo, no tiene en el activo de su patrimonio, ni un solo vatio de energía eléctrica. (Velásquez, 2000, p.3)

A pesar de que el agua después de la utilización en la generación vuelve a un cauce, a través del túnel de fuga, regresa sólo como el compuesto químico H₂O, pero sin propiedades ambientales, como fauna y flora, pues en el proceso de

embalse y generación desaparecen esos elementos. Sobra decir que aguas arriba del punto de generación no se puede hacer captación de agua que disminuya la concedida a la empresa generadora de energía, es decir, sólo en la medida que aumente la disponibilidad de agua, antes de la presa, los particulares la pueden utilizar, aunque eso sólo se logra mejorando ostensiblemente las calidades de la cuenca, cosa que se hace para beneficio del mismo proyecto que es el que invierte los recursos a que lo obliga la Ley.

Hasta la década de los 90 el Estado era el único que tenía la capacidad de adelantar proyectos hidroeléctricos, y usaba directamente las aguas para producir la energía que el país necesitaba. Las aguas nunca perdían la calidad de públicas, y la energía que se producía también lo era, es decir, la generación energética a partir del agua siempre estuvo en la esfera de lo público, y por lo tanto, no existía la preocupación de su “privatización”.

El agua conserva su condición de pública en estado libre, y en teoría, está disponible, para quien la requiera, sea usándola en ministerio de la ley, para necesidades básicas domésticas, o en virtud de concesión. Pero para realizar un eficaz uso del agua se requiere manejarla, almacenarla y conducirla. Una vez el agua está confinada sea estancada o corriente, pertenece al dueño del recipiente, que define un valor en razón de las obras que realice para su beneficio. Es el fenómeno, actual de la venta de agua embotellada, que proveniente de manantiales naturales cuyo valor agregado es precisamente no agregarle valor alguno. El agua así envasada tiene valor de gaseosa o jugo, que con base en agua, tienen elementos agregados que deberían encarecer su precio.

La naturaleza puso a nuestra disposición el agua, pero no las tuberías. Sin embargo, aquellos que tienen la propiedad de los conductos y el resto de

mecanismos operativos y que dirigen las estructuras institucionales, asumen también de forma automática el control sobre el agua. Cuando la propiedad de las obras y estructuras se traslada desde el dominio público hasta una empresa comercial privada, es mucho más difícil hacer valer la propiedad común de las personas sobre el agua corriente: a todos los efectos, el agua que corre por las tuberías se considera propiedad de la empresa y se convierte en su medio para obtener beneficios. ¿Cómo se pueden entonces preservar los derechos de las personas al acceso y uso del agua. (Black, 2005, p. 67.)

15. Agua y economía

Con el advenimiento de las teorías económicas del neoliberalismo y la reducción del tamaño del Estado, se consideró que la generación de energía eléctrica no era una función estatal, que los particulares eran más eficientes, que por experiencia el Estado no lo era, evidenciado en el fracaso financiero de la hidroeléctrica del Guavio en los años 80, donde la corrupción campeó, encareciendo los costos del proyecto, y dejando privados de la libertad muchos de los directivos del proyecto.

En consecuencia, el Banco Mundial empezó a ensalzar las virtudes de la participación del sector privado en los servicios de agua y saneamiento. Surgieron diversos modelos de “colaboraciones público-privadas”, desde contrataciones de servicios para operación y mantenimiento hasta convenios COT (construcción, operación y transferencia) en los que los activos, la inversión financiera y el riesgo comercial quedaban en manos privadas. Se dio luz verde a la participación del sector privado como mecanismo de avance, utilizando las habilidades disponibles del mundo industrializado. Las políticas crediticias de los bancos de desarrollo incentivaron activamente a las autoridades municipales a tomar dicha senda y las multinacionales hidrológicas se incorporaron a los procesos con entusiasmo. (Black, 2005, p. 68)

La Ley 142 de 1993, Ley de servicios públicos, allanó la vía jurídica para que los particulares participaran en proyectos de servicios públicos incluyendo la energía eléctrica, y en los que el Estado sólo cumplía la función de regulación, además de otorgador de los permisos ambientales para el desarrollo de los proyectos. De acuerdo con la Ley 142/93, el Estado, sin importar su participación, debía competir en el mercado de los servicios públicos en la misma forma que lo hacen los

particulares, esto para crear un verdadero mercado de servicios públicos y que dejaran de ser monopolio de lo público.

A lo largo de los 90, la privatización de los bienes públicos hidrológicos fue avanzando en otras partes del mundo bajo la bandera de las reformas de mercado, junto a la urgencia de convertir los bienes públicos en mercancías de consumo, reducir las dimensiones del gobierno, cancelar subsidios y programas sociales y, en consecuencia, recortar la ineficiencia económica. Todo era parte de la agenda neoliberal que estableció cómo los países debían dirigir sus economías y gobiernos de forma eficiente. Paralelamente, surgió otra tendencia en el pensamiento económico internacional: una mayor conciencia de que el entorno natural se encontraba presionado por los procesos de desarrollo y la convicción de que el agua dulce era uno de los bienes comunes que necesitaba protección. (Black, 2005, p. 71)

Al crearse las empresas privadas, o al menos de esquema administrativo privado, encargadas de servicios públicos, y en especial las de energía eléctrica, entre los activos que debían cuantificar estaba el derecho a usar el agua para el proyecto, representado ese derecho en la concesión de aguas, adquiriendo un valor contable, representado en libros, negociable y vendible, al realizarse transacciones entre las empresas. Quienes compraron acciones de la empresa ISGEN S.A.E.S.P., por ejemplo, en el reciente proceso de democratización de la propiedad de la empresa, también compraron el agua que esta empresa tiene para sus proyectos de generación en las diferentes concesiones de agua de que es titular.

Pero todas esas prerrogativas que tienen las empresas de generación hidroeléctrica, las justifican los defensores con el interés nacional que tiene la

actividad de producción de energía, necesaria para el desarrollo, progreso e indicador del bienestar de una sociedad, tanto que el crecimiento industrial del país se mide, entre otras, por el consumo de energía; se encuentran entonces, dos intereses nacionales, por un lado, el del agua como bien común y por otro, el de la producción de energía como interés nacional.

Al margen de las opiniones encontradas y casi irreconciliables, es un hecho, que las centrales hidroeléctricas constituyen la más importante fuente de generación de energía eléctrica en nuestro país, como consecuencia directa de su riqueza hídrica y topografía montañosa que caracteriza la región andina en donde se establecen las más importantes plantas generadoras, que permitieron un considerable desarrollo urbanístico e industrial y altos índices de cobertura en la prestación de ese servicio público domiciliario en las principales ciudades. Por eso, la construcción y operación de las plantas generadoras, atrae beneficios, que correlativos entre ellos, están el control de las inundaciones en ríos caudalosos, el represamiento de las aguas lluvias para utilizarlas en riego y cultivos en épocas de sequía, y la producción de energía más limpia que las otras existentes.

La producción de energía a partir del agua, deberá conciliar los intereses entre el medio ambiente y el desarrollo, así como minimizar el sacrificio que en aras de esos postulados del interés general, deben soportar los asociados titulares del derecho constitucional de disfrutar de un medio ambiente sano, frente a las agresiones al medio físico que se evidencian con la alteración del aire durante la etapa de construcción, como consecuencia de la utilización de equipos pesados que consumen grandes cantidades de combustibles fósiles, la trituración de materiales para el afirmado de las vías, la construcción de las principales obras civiles y la remoción de la capa vegetal para la adecuación del vaso del embalse que por la acción eólica produce la suspensión de partículas en la atmosfera; del agua, que con los cambios que se generan en

el ecosistema por el paso de un sistema lótico a uno léntico y las modificaciones que se producen por la drástica disminución de la velocidad de los caudales con el represamiento del recurso; al suelo, por el cambio de uso, donde se sacrifican, en muchos casos, la vocación agropecuaria de una zona, por prácticas asociadas al nuevo sistema lacustre; al medio biótico, a la flora, con la desaparición del bosque existente en la zona de inundación, que ha provocado incluso la desaparición de algunas especies endémicas en diferentes lugares, a la fauna, con la migración de grandes cantidades de individuos y la desaparición de otros por las afectaciones a sus hábitats naturales y, al medio social, por los desplazamientos de población que traen consigo el rompimiento de estrechos lazos parentales, la modificación de usos y costumbres de la región, problemas de salud pública por la presencia de personas que migran en búsqueda de mejores condiciones de trabajo, etc. (Osorio, 2003, p. 42.)

15.1 Impactos

Ante el temor, infundado o no, de las comunidades al ver menguado su derecho al uso del agua, por la construcción de un proyecto hidroeléctrico, se presentan también argumentos de las bondades de este tipo de generación, comparada con otras como la termoeléctrica y la nuclear. Sin embargo, la construcción de grandes embalses sumerge tierras cultivables y desplaza a los habitantes de las zonas anegadas, altera el territorio, reduce la diversidad biológica, dificulta la emigración de peces, la navegación fluvial y el transporte de elementos nutritivos aguas abajo, disminuye el caudal de los ríos, modifica el nivel de las capas freáticas, la composición del agua embalsada y el microclima.

Ante las presiones derivadas de la actual crisis del agua, las tensiones entre las diferentes políticas hidrológicas –tanto a nivel local como internacional- están aumentando de forma alarmante. Cada vez es más difícil llevar a cabo proyectos gigantescos de manejo del agua- con toda la reorganización del entorno y de las personas que dichos planes conllevan-, ya que provocan malestar popular. Proliferan las protestas contra la privatización de los servicios, contra las arrogantes empresas hidráulicas y contra la contaminación, que está poniendo en peligro innumerables vidas y su hábitat. Debemos tener en cuenta todas las dimensiones mencionadas –medioambiental, política, económica, social e ideológica- al explorar los parámetros de una crisis que supone un riesgo para la propia vida. (Black, 2005, p.34.)

Dentro de las alternativas de la producción de energía a partir de grandes cantidades de agua embalsada, está la de seccionar los grandes embalses en varios pequeños ubicados en serie. Esto reduce el impacto ambiental sobre la fuente pues sólo una pequeña parte del cauce está siendo utilizado para la generación, después de cada generación de la sección respectiva, el cauce vuelve a condiciones normales, la fuente se recupera y recomienza el proceso. Otra de las cualidades de las pequeñas centrales, que técnicamente se considera que son las que generan menos 100 MWT, es que el agua permanece menos tiempo embalsada, hay una mayor rotación del agua, y por lo tanto sus cualidades físicas y químicas no se alteran tanto como cuando se embalsan en grandes presas. Puede decirse, que al menos en nuestro país, se miran con mayor interés las pequeñas centrales que los megaproyectos hidroeléctricos en virtud de su menor impacto ambiental y social.

La energía hidroeléctrica constituye una fuente importante y limpia de energía renovable. Sin embargo, la oposición a la construcción de grandes presas a partir de fundamentos sociales y medioambientales no favorece esta senda de

producción, estableciéndose como principal efecto ambiental, la evaporación, que en los grandes embalses supone una enorme pérdida de agua. Las plantas generadoras de energía hidroeléctrica a pequeña escala, que producen menos de 10 megavatios –cantidad suficiente para proveer a una ciudad pequeña- , son ideales para zonas remotas donde la conexión a la red nacional de electricidad es poco realista. Desde una perspectiva comunitaria, la energía hidroeléctrica, ofrece múltiples posibilidades, sobre todo allá donde se emplean bombas eléctricas para la irrigación y donde el coste de la energía es clave para la producción agrícola. (Black, 2005, p.66.)

Puede pensarse, que sin considerar los impactos de la obra civil involucrada en la construcción de una central, tales como: vías, casa de máquinas, muro, disminución de la oferta hídrica directa a las comunidades cerca de la obra, su operación no es altamente impactante para el ambiente, y se ha considerado uno de los procesos más limpios de producción de energía, habiendo también distinción entre las hidroeléctricas, pues mientras más pequeño el proyecto, menos impactante es, imponiéndose las microcentrales sobre las hidroeléctricas.

“En este momento, Europa estimula la pequeña hidroelectricidad, pues contribuye a la lucha contra el efecto invernadero, la preservación de los medios (peces migratorios, caudal reservado...), y la diversidad de los usos de los cursos de agua (energía, pesca, deportes, valor patrimonial...).” (Larbi, 2005, p. 222)

La generación de energía a partir del agua, en un país como el nuestro, que por su topografía y por su oferta hídrica tiene las cualidades excepcionales que se requieren para producirla, se convierte en un mal necesario, y en el menos malo de todos los males, ya que cualquier alternativa de energía, sería más costosa

producirla, y no tendría ni la eficiencia, ni grandes ventajas competitivas considerando el impacto ambiental. La generación hidroeléctrica, que representa el 20 por ciento de la producción mundial de electricidad, se considera una de las formas energéticas más limpias. Sin embargo, en el orden internacional se ha criticado su impacto social y ambiental.

La urgencia de ampliar la producción energética en el país, se evidencia cíclicamente, cuando la meteorología hace escasear el agua lluvia, y la sequía hace disminuir los niveles de los embalses, poniendo en peligro su capacidad generadora. Esto sucedió a principios de los años 90, cuando el fenómeno del niño, una singularidad climática que disminuyó el nivel de lluvias en la costa pacífica de Latinoamérica, hizo bajar el nivel de los embalses a sus niveles críticos, y obligó a racionar la energía, perjudicando, entre otras, la producción industrial y consecuentemente el empleo. El apagón de 1992 se prolongó durante 13 meses y le costó al país cerca de un billón de pesos. Además, llevó a adelantar el reloj una hora para aprovechar la luz del día y ahorrar energía.

En épocas de sequía, o de fenómeno del niño como acostumbramos a llamarlas, los empresarios de la producción de energía, redoblan esfuerzos para que se tenga en cuenta la urgencia de la necesidad de producir cada vez más energía y así evitar otro apagón, y se hagan más laxas las autoridades públicas al exigir el cumplimiento de requisitos gubernamentales para llevar a cabo la obra, incluyendo los requisitos ambientales. La mayoría de las empresas con interés en adelantar proyectos de generación de energía, hasta hace algunos años eran de carácter público, como se explicó atrás, y aún conservan una mínima participación en las empresas que conservan la misma denominación tradicional, pero su composición es mayoritariamente privada. Sin embargo, se sigue teniendo la percepción que estas empresas son públicas y se les da un trato preferencial cuando de tramitar permisos para ejecutar los proyectos se trata. Esto hace que las mismas

entidades públicas encargadas de otorgar permisos para proyectos, tengan varias solicitudes para otorgamiento de concesiones o licencias, de empresas privadas, pero tengan la concepción equivocada que alguna es pública o mas “pública” que las demás y les dé un tratamiento preferente.

Ante las oposiciones a los proyectos hidroeléctricos las empresas han planteado proyectos más amigables con el ambiente y que reduzcan el impacto, sin reducir la oferta hídrica, ni la disponibilidad para las comunidades como la hidroeléctrica del Río Amoyá, en el Tolima, que consiste en una planta de generación, sin presa. El proyecto plantea captar aguas del río, introducir las dentro de un túnel, precipitarlas hasta una casa de máquinas y devolvérselas al cauce ocho kilómetros y medio más abajo, sin deteriorar el caudal. Por sus características, la Hidroeléctrica del Amoyá ha recibido apoyo del Banco Mundial y de los gobiernos de Austria y Holanda, que suscribió un contrato de 19 millones de euros con Hidroger, por equilibrar las emisiones de carbono sobre la atmósfera.

Dada la magnitud de los proyectos Hidroeléctricos, ya sea uno solo grande o varios proyectos pequeños en serie, requieren el uso de tales cantidades de agua que puede ser desestabilizante para un sistema hídrico, y debe planearse su construcción, además de enmarcarse dentro de políticas públicas tanto de agua como de energía, pues el uso de agua para producción energética es sólo una de las alternativas para abastecer de energía al país, máxime si se tiene en cuenta que la energía también se exporta y vende a países vecinos, lo que además del beneficio para el Estado, significa un beneficio económico directo para los dueños de las generadoras energéticas que obtienen sus beneficios a partir de las aguas de uso público que pertenecen a todos los colombianos.

15.2 Agua y política pública

El tema de política pública del agua en Colombia ha gravitado entre varios escenarios más o menos conservacionistas, y en algunos momentos hasta se ha propuesto definir el derecho al agua como un derecho fundamental, fijar sanciones para el despilfarro de agua, pero la política energética propone construir más y más proyectos hidroeléctricos, sin establecer cargas correlativas para los beneficiarios de la plusvalía, y no estableciendo los límites entre el interés público de los proyectos y el ánimo empresarial particular de los desarrolladores.

La dicotomía entre medio ambiente e interés económico inmediato, ha sido la constante para la eficiente conservación ambiental, pues la intención de protección llega hasta donde la afectación de un grupo hegemónico, generalmente económico, lo permite. Se ha aceptado como una eficiente gestión ambiental de las empresas, el hecho de tener responsabilidad ambiental, la que generalmente se circunscribe exclusivamente al área de influencia del proyecto, y no se extiende más allá del área de sus intereses, quedando algunas zonas sin inversión ambiental privada, pues estas no representan interés alguno para las empresas.

El tema de generación eléctrica a partir de agua, tiene una doble connotación:

- La de interés nacional, por la importancia de la energía para el desarrollo del país, para el bienestar de los habitantes, y por ser un servicio público a cargo del estado y
- La de negocio puro en la economía capitalista de mercado, en la cual la energía es un bien que se produce, se vende y genera beneficios económicos a favor de los empresarios de la energía que en los escenarios actuales son privados, constituidos en empresas con ánimo de lucro.

Se presenta entonces, el dilema de cómo debe el Estado tratar a los desarrolladores de proyectos hidroeléctricos, si como “colaboradores” del Estado en el cumplimiento de sus funciones o como trata a todos los industriales y empresarios que realizan actividades impactantes para el ambiente, pero cuya actividad no tiene la importancia estratégica que tiene la energía.

Es lógico pensar que cuando se trata de energía, que a toda costa hay que producirla, el Estado toma partido por los desarrolladores de proyectos, pues de manera directa o indirecta está interesado en el éxito del proyecto, y dado que los permisos, licencias y concesiones que debe otorgar para adelantar el proyecto, los emiten entidades públicas, estas dan un tratamiento preferencial. Pero en la realidad, esos privilegios que se cree se están dando al Estado y que son totalmente comprensibles, en la medida en que la actividad de generación de energía se considera de interés general, al conocer la realidad del negocio de la energía en la actualidad se están dando a compañías privadas que están involucradas y sin acompañamiento del Estado en el tema hidroeléctrico, que venden energía como cualquier bien o servicio en una economía de consumo. Esto hace que se trasladen a los privados, que tienen únicamente un interés mercantilista, las ventajas que se ofrecen al Estado cuyo fin es social.

15.3 Nuevas tendencias

Es por esta razón, también económica, la percepción de un mayor interés en proyectos hidroeléctricos pequeños que en megaproyectos, pues éstos por su magnitud, sólo pueden ser financiados por el Estado, mientras los pequeños pueden hacerse con inversión privada.

Haciendo un ejercicio de parangón, los privados que desarrollan actividad minera, tienen un tratamiento severo y restrictivo con relación a autorizaciones ambientales para adelantar la actividad. Se asume que la actividad minera sólo compromete intereses privados, y que no hay mayor perjuicio para el interés general si la actividad no se desarrolla.

En muchos casos, es más impactante para el ambiente la alteración de los flujos naturales hídricos de un proyecto hidroeléctrico, que el impacto puntual de una explotación minera, considerando que ambas actividades se hacen con un grado de compromiso ambiental. Esto porque en la explotación minera todos los impactos son manejables, mientras que en el proyecto energético, los impactos producidos son irreversibles, y las medidas que se toman son más compensatorias que reparadoras, pues el impacto en el recurso hídrico es irreparable.

Sin embargo, si no fuera por la oposición ciudadana y comunitaria que tienen los proyectos hidroeléctricos, es objetivamente más sencillo obtener la licencia para uno de éstos, que para uno minero. Lo anterior, debido a la concepción de “interés público” que tiene la producción de energía. Es por ello que las autoridades ambientales encargadas de otorgar los permisos, licencias y concesiones ambientales necesarias para adelantar un proyecto hidroeléctrico, deben hacer primar el interés general sobre el particular, y en caso de solicitantes concurrentes para una misma fuente, debería aplicarse el criterio del interés general, y preferir el solicitante público que ejecutará el proyecto para asegurar la prestación de un servicio público, sobre el particular que lo hace enmarcado en un interés empresarial, pues su energía se venderá al mejor postor, incluyendo el mercado externo, esto mediante una legislación que tenga en cuenta la naturaleza jurídica de los potenciales usuarios de aguas de dominio público, y un proceso de

planificación del sector eléctrico que con anterioridad defina que empresas, y de qué naturaleza desarrollarán los proyectos definidos como viables.

Lo anterior también demuestra qué bajas son las contraprestaciones económicas por utilizar el agua de dominio público, pues pagan la misma transferencia del sector eléctrico las empresas generadoras de sector público a las del privado. Teniendo en cuenta que para el privado el mercado de la energía es estrictamente un negocio, que busca un beneficio económico directo, debería tener un régimen de transferencia mayor, pues en la generación realizada por personas públicas el agua de uso público que se utiliza para producir energía tiene un fin social. Y de alguna manera esa energía también es pública, mientras que para el privado, que utiliza el mismo recurso hídrico público, la vuelve energía privada, que se vende en el mercado privado y se convierte en recursos económicos que enriquecen empresarios privados.

Ya las empresas de servicios públicos privadas tienen un régimen excepcional, otorgado por la Ley 142 de 1993, sobre el resto de empresas industriales y comerciales, al tenérseles en cuenta el carácter del servicio público que prestan, y donde extrapolan algunas gabelas especiales que antes sólo tenía el sector público a las empresas privadas, tales como la imposición de servidumbres, contratos de condiciones uniformes, procedimientos sancionatorios, entre otros.

16. Fisuras jurídicas, y dificultades interpretativas en las normas de permisos de estudio

16.1 Dificultades prácticas

En vista de que los permisos de estudios ambientales para uso de aguas con propósitos hidroeléctricos no han sido reglamentados tal como sucedió con los permisos de estudio para la investigación científica, (Decreto 309 de 2000) su aplicación práctica presenta grandes dificultades que se originan principalmente en:

1. La novedad del uso del instrumento. La fisura consiste en que a pesar que la norma proviene de 1974, no había tenido aplicación práctica, hasta que el mercado de la energía eléctrica se hizo interesante, es decir, 2008, y los desarrolladores de proyectos creyeron que este instrumento de sencilla obtención les daba la propiedad del proyecto, y de las aguas en cuencas completas.
2. El valor económico que para un desarrollador de proyectos tiene la titularidad de un permiso de este tipo. La fisura consiste en que la presión de conglomerados económicos fuertes, como son los grandes desarrolladores de proyectos, ante Corporaciones Autónomas que muchas veces no cuentan con personal con un criterio jurídico lo suficientemente fuerte, puede inclinar la interpretación a favor del desarrollador.
3. La “carrera” que se presenta entre varios desarrolladores para ubicar proyectos en sitios cercanos, con conocido potencial hidroeléctrico. La fisura

consiste en que los proyectos se excluyen, es decir, varios interesados en un área para desarrollar proyectos hidroeléctricos, se convierten en competidores para obtener los permisos ambientales que les den titularidad sobre los proyectos, esgrimiendo sus criterios de interpretación que los favorezcan para que se otorgue su permiso y se desestimen los de los competidores.

4. La aplicación laxa que las autoridades ambientales dan al alcance de los permisos de estudio, al otorgarlos sobre cuencas y no sobre fuentes. La fisura consiste en que los permisos de estudio se deben dar sobre recursos naturales renovables, es decir fuentes hídricas, y los desarrolladores de proyectos para tomar áreas mayores los piden sobre cuencas, permitiéndolo las autoridades ambientales.
5. Las concurrencias de competencia para el otorgamiento de los permisos, toda vez que muchas de las fuentes que pueden servir para abastecer un proyecto hidroeléctrico son compartidas o limítrofes entre corporaciones. La fisura consiste en que los interesados en desarrollar proyectos tratan de que su permiso ambiental de estudio, lo otorgue la Corporación que mas proclive se ha mostrado a aceptar sus interpretaciones legales de las normas de permisos de estudio, entonces en una definición de competencias se intenta que se le asigne a esa autoridad.
6. La minimización que se le da al efecto de excluir una fuente de usos hidroeléctricos por el tiempo en que se realizan los estudios. La fisura consiste en que los desarrolladores de proyectos pretenden que la característica que tiene los permisos de estudio ambientales de reserva de las áreas de estudio sean lo más extensas posibles, para poder ubicar la mayor cantidad de presas, embalses, trasvases etc., durante los dos años que dura esa reserva.
7. El estudio que ya existe sobre las cuencas y fuentes con potencial hidroeléctrico del país, es decir, la utilización del permiso de estudio, no para

ejecutar estudios reales, que ya existen, sino para reservar la fuente sin una gran inversión y especular en el mercado energético con ese permiso. La fisura consiste en que los desarrolladores que tenían algún tipo de estudios previos, pero los proyectos los tenían en hibernación, sin tramitar licencia ambiental, quieren legalizar estos estudios, mediante el permiso, pero en realidad no pretenden ejecutar o llevar a cabo ningún estudio real.

8. La falta de planeación en el sector eléctrico del país que pone a competir los desarrolladores de proyectos hidroeléctricos, sin que se establezca un sistema de prioridades para definir de antemano pautas de que empresa o tipo de empresa va a ejecutar un proyecto determinado. La fisura consiste en que los desarrolladores de proyectos, buscan pescar en río revuelto, y que sean las Corporaciones Autónomas, quienes a través de los permisos de estudio, les externalicen la propiedad del proyecto, función esta que debía cumplir la entidad encargada de la planeación energética del país. Se instrumentalizan los permisos de estudio para dotar de un título de propiedad de los proyectos a los desarrolladores de un proyecto.
9. La activa participación ciudadana y de grupos de presión ambientales, en todo lo relacionado con proyectos de generación hidroeléctrica. La fisura consiste en que los interesados en los proyectos, que no son los desarrolladores, intervienen en su trámite, constituyéndose como terceros con interés, y esgrimen argumentos que por lo general son contrarios a los intereses de los desarrolladores, y tratan de influir la decisión de la Corporación para que el permiso sea negado.
10. La falta de uso de las Corporaciones Autónomas Regionales de sus facultades reglamentadoras, para definir criterios de otorgamiento e interpretación de las normas de permiso de estudio. La fisura consiste en que los desarrolladores de proyectos, que tramitan los permisos, aprovechan la falta de

reglamentación de la norma para que la interpretación de los artículos del Código les sea favorable, y haya cierta capacidad de maniobra para que se les otorgue lo que pidieron.

11. La errática posición del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con respecto al tratamiento que debe darse a los permisos de estudio de recursos hídricos para producción eléctrica. La fisura consiste en la interferencia del Ministerio, que no es superior jerárquico de las Corporaciones, ni expide permisos de estudio, pero donde los grandes desarrolladores de proyectos tiene gran capacidad de cabildeo, tratando de direccionar las decisiones de las Corporaciones.

Cada una de esas dificultades, detectadas a través de la experiencia, representa una fisura, más que un vacío, pues la norma de permisos de estudios es completa, pero sus interpretaciones son disímiles y moduladas para obtener beneficios a favor de la inversión privada en proyectos hidroeléctricos, y han propiciado las dificultades y conflictos que se presentan en su trámite y otorgamiento.

El interés inusitado que obtuvieron en los últimos dos años los permisos de estudio de uso de agua para proyectos de generación, se debe a la facilidad que la norma predica para obtenerlos, y la ventaja que sobre los competidores obtiene quien es titular, es decir, con un mínimo esfuerzo se logra casi el mismo beneficio de una licencia ambiental, al menos en cuanto a la visualización como dueño de un proyecto. A partir de las solicitudes de permisos, que antes no habían tenido que tramitar las Corporaciones, se comenzaron a percibir interpretaciones diferentes por cada Corporación a que se acudió, siendo estos pronunciamientos

discordantes, los que han desordenado desde lo jurídico, los permisos de estudio de recurso hídrico para electricidad.

16.1.1. Posiciones respecto de las cuencas

A manera ilustrativa tenemos cómo dos Corporaciones Autónomas Regionales como CORPOCALDAS y CORNARE, que han sido los casos más representativos identificados en el presente trabajo, consideran la cuenca como recurso natural renovable. A petición de una empresa desarrolladora de proyectos hidroeléctricos de estudiar una cuenca u hoya hídrica que se encuentra en jurisdicción de estas corporaciones, ambas dictaron el auto de inicio del trámite del permiso de estudio del recurso hídrico de las cuencas. En caso de que ese permiso se hubiera otorgado, una sola empresa de carácter privado, hubiera congelado por 2 años el otorgamiento de concesiones de agua para producción hidroeléctrica proveniente de la cuenca estudiada, que sólo en el departamento de Caldas cubrían más de 64.000 Has.

Esta interpretación del concepto de recurso natural renovable y la inclusión de la cuenca como uno de ellos, permite el abuso y la monopolización de las fuentes a favor del primer solicitante, pudiendo frenar o al menos desacelerar, el desarrollo hidroeléctrico del país, y de alguna manera privatiza el agua de una amplia zona geográfica, para un uso económico de importancia, a favor de una empresa privada que en el momento es nacional, pero que con un proceso de venta puede ser de mayoría accionaria extranjera.

El Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, MAVDT, a pesar de que por el régimen de autonomía que poseen las Corporaciones Autónomas, no

puede involucrarse en trámites que se surten ante éstas, puede apoyar a los ciudadanos en dudas concretas acerca de criterios interpretativos de las normas ambientales, y al ser indagado si para el ente rector del Sistema Nacional Ambiental SINA, la cuenca es un recurso natural renovable y por lo tanto susceptible de que sobre ella se otorguen permisos de estudio, concluyó que la cuenca es el área de manejo especial para la planificación de los diferentes recursos naturales, sin que ésta pueda ser considerada en sí misma como un recurso natural renovable. (Anexo 1)

Mientras el Ministerio del Ambiente contestaba, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, fijaba sobre este punto su posición oficial, manifestando que la cuenca u hoya hidrográfica sí es un recurso natural. (Anexo 2). Como se expresó en su momento y con soporte en la debida interpretación de la norma, la cuenca no es un recurso natural renovable, y es lógica en su totalidad la posición del Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Se nota pues, una discrepancia radical entre el Ministerio del Ambiente y una Corporación Autónoma acerca de la posibilidad de otorgar permisos de estudio para proyectos hidroeléctricos en cuencas hidrográficas, pues mientras que el Ministerio dice que no es posible, la Corporación dice que sí, pues considera la cuenca como recurso natural renovable y por lo tanto, se puede otorgar el permiso sobre ella, tal como lo hace la Corporación de Caldas. En caso que no se considerase la cuenca como recurso renovable no se podría otorgar permiso de estudio sobre ella, pues estos permisos se restringen sólo a recursos naturales renovables, como lo confirma la posición del Ministerio de Ambiente.

Aquí se observa la primera fisura jurídica en la interpretación de las normas sobre permisos de estudio para proyectos hidroeléctricos, pues mientras que el país

cuenta con unas pocas cuencas con capacidad de albergar proyectos hidroeléctricos, las fuentes hídricas aisladas, que son potencialmente aptas para generación, son miles. Aceptándose la teoría de permisos de estudio sobre cuencas, serían muy pocos los beneficiarios, mientras que si tiene en cuenta los permisos de estudio por fuentes, serían múltiples, abriendo la posibilidad a muchas empresas de tamaño mediano.

16.1.2. Concurrencia de competencias

De una solicitud de permiso de estudio analizada, se evidenció que la misma se circunscribía a un área de cuenca, lo que no es correcto de acuerdo con lo conceptualizado por el Ministerio del Ambiente, comprendiendo además esa cuenca, jurisdicciones de dos Corporaciones Autónomas Regionales, CORPOCALDAS y CORNARE. Con este supuesto, se presenta el fenómeno de concurrencia de competencias, pues la cuenca es integral y no podría pensarse que cada Corporación dé el permiso para la parte de la cuenca de su territorio, ya que cuenca es un ecosistema completo, y no puede dividirse. Como ninguna Corporación Autónoma puede otorgar permisos en jurisdicción de otra, entonces deberá encontrarse el medio legal para dirimirlo, que de acuerdo con las normas vigentes, debe hacerlo el Honorable Consejo de Estado, y no el Ministerio del Medio Ambiente como equivocadamente lo dijo CORNARE. (Anexo 3)

Como se evidencia, y de manera equivocada, la Corporación del río Nare aplica normas de concurrencia de competencias que son específicas para licencias ambientales y que las dirige el Ministerio del Ambiente, a los permisos de estudio, cuya concurrencia de competencias debe ser dirimido por el Consejo de Estado, como debe hacerse en aplicación de la norma de carácter general. Sin una remisión expresa, la norma que es exclusiva para el asunto específico de licencias

ambientales, no debe aplicarse para otros trámites ambientales, máxime cuando existe una norma general aplicable a cualquier caso de concurrencia de competencias, y entre cualquier tipo de entidades de la administración pública como lo son las Corporaciones Autónomas.

Que el Ministerio sea quien dirima la concurrencia de competencias en el caso de permisos de estudio, hace que se involucre otra entidad de interés ambiental al proceso, a la cual llegará seguramente el trámite futuro de la Licencia Ambiental para el proyecto hidroeléctrico estudiado, lo que puede conducir a un prejuzgamiento acerca de un proyecto sobre el cual tendrá que pronunciarse posteriormente. Además de lo anterior, podría implicar nulidades que afectarían el trámite del permiso, y se abre la posibilidad de demandas por los contradictores.

Otro inconveniente de que el Ministerio entre a dirimir asuntos relativos a los permisos de estudio, tiene que ver con que esta entidad no tiene competencia para otorgarlos, pero sí tiene posición jurídica sobre la manera como las Corporaciones deben actuar respecto de estos. Con esta posición el Ministerio termina decidiendo asuntos de la Corporación, violando su autonomía y perjudicando al usuario que tiene derecho a que haya un pronunciamiento de fondo acerca de su solicitud. Si El Ministerio, está interesado en involucrarse en el tema, debe impulsar un decreto o expedir una resolución que establezca reglas claras para el trámite de los permisos.

16.1.3 Intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial

La posición oficial del Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, acerca de los permisos de estudio, es que las autoridades ambientales deben abstenerse de tramitar permisos de estudio para futura producción de energía hidroeléctrica. (Anexo 4). En la circular en la que el Ministerio de Ambiente se pronuncia en ese sentido, se apoya la posición oficial de dicho ente respecto de los permisos de estudio del recurso hídrico para la generación hidroeléctrica y en ella se obliga a las Corporaciones Autónomas a no otorgar dichos permisos. Dentro del régimen de Autonomía que tienen las Corporaciones, el Ministerio de Ambiente no está en capacidad de emitirle órdenes, y mucho menos exigir la inobservancia de una norma que no ha sido ni derogada, ni suspendida, como lo es el Artículo 56 del Código de Recursos Naturales.

El Ministerio pone como base para la emisión de la orden los principios de seguridad jurídica, entendida esta como el principio del derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno y de confianza legítima, entendida esta como una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado, pero no explica como la orden dictada los protege, estos principios al contrario, ordenar que no se aplica una norma jurídica vigente va en contra de los principios que dice estar salvaguardando.

Tampoco explica el Ministerio, en virtud de qué función o con qué base legal dicta una orden tan categórica y directa a las Corporaciones, y qué pasa con los particulares que están tramitando permisos en el momento de la expedición de la circular. Mucho menos contiene la circular las consecuencias de no cumplir la orden, y las responsabilidades de tan audaz orden. Lógicamente las Corporaciones deberían optar por no cumplirla, pues el imperio de la Ley prima sobre recomendaciones de una autoridad administrativa como lo es el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.

Lo que se establece en la circular del Ministerio es una inaplicación de la Ley por las autoridades administrativas por vía de excepción, pues asume de manera directa que la norma que se pretende inaplicar es inconstitucional sin explicar las razones. La inobservancia de la Ley por razones de inconstitucionalidad y por las autoridades administrativas no tiene sustento jurídico, y va en contravía de lo que precisamente deben hacer las autoridades, que es respetar y hacer respetar la Ley.

En un apéndice que contiene la circular que se analiza, que se titula Análisis Normativo, (Anexo 5) dice que el artículo 56 del Decreto Ley 2811 de 1974, que regula los permisos de estudio, no tiene procedimiento, en cuanto a permisos para recurso hídricos con fines de generación eléctrica, y que en ausencia de un procedimiento legal o reglamentario, la norma es inaplicable.

Esta aclaración que hace el Ministerio, está en contravía directa del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el meramente formal, pues el derecho no puede ser negado, sólo porque no existe una norma que dice como se accede a él, máxime si la norma ni siquiera lo condiciona a la existencia de un procedimiento.

El artículo que establece el permiso de estudio en el Código de Recursos Naturales no menciona que para su aplicabilidad deba ser reglamentado, y en caso que un particular desee solicitar un permiso de este tipo, deberá seguirse el trámite general que tiene un derecho de petición en interés particular del Código Contencioso Administrativo. La ausencia de reglamentación no puede ser base para inaplicar una norma, ya que el derecho sustancial prima sobre el formal y las autoridades públicas deben buscar la efectividad de los derechos mediante las herramientas que da la normatividad general.

De otro lado, la Ley 99 de 1993 tiene pautas acerca de publicidad de los trámites administrativos que fueron diseñados para garantizar la participación ciudadana en los trámites ambientales, a través de la publicidad su auto de inicio de trámite, permitir la participación de terceros interesados sin necesidad de mostrar interés jurídico en el proceso y la realización de audiencia pública ambiental en el curso de cualquier permiso de carácter ambiental. Con la incorporación de estas normas, al trámite de los permisos de estudio, se garantiza la participación ciudadana en los términos en que la Ley 99 de 1993 la entiende.

Seguidamente, el apéndice realiza una mención de todas las normas ambientales que se han dictado concernientes al uso de las aguas y menciona que algunas de ellas, como el Decreto 1541 de 1974 y el Decreto 1220 de 2005 ya han establecido requisitos especiales para proyectos hidroeléctricos como son la obtención de la concesión de aguas o la respectiva licencia ambiental, y que la norma que establece el permiso de estudio, no puede aducirse como superior o restrictiva, para que otros puedan adquirir el derecho de uso y/o utilización del recurso hídrico regulado en las normas especiales, lo anterior, en aplicación del principio que consagra la prevalencia de normas especiales sobre las generales.

El permiso de estudio, en nada riñe ni se excluye con las concesiones o licencias, por el contrario, es un permiso diferente a estos, con una aplicación diferente. Si el interés de un particular, no es usar inmediatamente el agua o realizar definitivamente el proyecto, sino estudiar el recurso para estar cierto de sus bondades en cantidad y bajo impacto ambiental para producir energía, pues debe utilizar el mecanismo específico que es el permiso de estudio.

Olvida además el Ministerio, la que podría considerarse la principal bondad y novedad práctica de los permisos de estudio, que es la exclusividad que tiene el titular de ser el beneficiario de la concesión de aguas al término del estudio, privilegio este que no lo tiene ningún otro de los instrumentos ambientales mencionados, tiempo que permite una planeación adecuada del proyecto y la preparación del trámite de licencia ambiental sin mayores sobresaltos.

La desafortunada circular del Ministerio del Ambiente, que invita a no aplicar una norma vigente, en lugar de dotar de seguridad jurídica una actuación como lo establece, niega esta seguridad, pues deja a criterio de las corporaciones a que la apliquen o no, en virtud de su autonomía y los interesados en estos permisos no podrían saber qué corporaciones la aplican, cuáles no la aplican, qué criterio asume el Ministerio cuando recibe una solicitud de definición de un conflicto de competencias en un permiso de estudio, ya que con anterioridad, estableció que esos permisos no se pueden expedir y muchas situaciones de inseguridad que crea esta circular.

La expedición de la circular en términos tan categóricos, hace evidente la emergencia de los permisos de estudio de recurso hídrico para producción de energía. Por un lado, se nota el ánimo de solucionar un problema que no es

jurídico sino que involucra intereses importantes del Estado, como lo es la planeación del sector eléctrico, y en busca de solucionar esa situación coyuntural del sector eléctrico se echó mano a dudosos criterios jurídicos, que no se socializaron con antelación con el resto de actores intervinientes en los permisos de estudio de recursos hídricos para producción eléctrica y contribuyó más en el caos y desorden de estos permisos, pues el Ministerio, que no es competente ni para otorgar estos permisos, ni para interpretar las normas ambientales con carácter de autoridad u obligatoriedad, sentó una posición que pone en la encrucijada a solicitantes y autoridades.

En conceptos adicionales del Ministerio de Ambiente sobre el tema, (Anexo 6) conceptúa que los estudios necesarios para evaluar el potencial hidroeléctrico del caudal de un río, no se requiere permiso de la autoridad ambiental y se niega a dirimir un conflicto de competencias, dado que para el Ministerio, no media una solicitud formal de instrumento de manejo y control ante la autoridad ambiental.

Con este concepto, y en concordancia con los pronunciamientos anteriores, el Ministerio niega la existencia de los permisos de estudio, como si estos no estuvieran escritos en el Código de Recursos Naturales Renovables, y confunde la prefactibilidad técnica de un proyecto hidroeléctrico con el estudio del potencial de una fuente, que son diferentes, aunque tengan relación.

En este concepto, el Ministerio, no tiene en cuenta que los permisos de estudio son otros más dentro de la categoría de instrumentos para la gestión de los recursos hídricos y para la planeación de proyectos hidroeléctricos, y su existencia es independiente a los otros instrumentos enunciados, y no puede subsumirse en estos. Mientras los permisos de estudio no sean derogados expresamente por la Corte Constitucional, dicha norma permanece vigente y debe ser aplicada por las

autoridades ambientales, a pesar que tengan argumentos que los consideren inconvenientes, superfluos, imprácticos o repetitivos.

Una vez, el Ministerio del Ambiente, se percató del gran error jurídico que estaba cometiendo al indicarle, de manera perentoria y conclusiva a las Corporaciones que no tramitaran los permisos de estudio para actividad de generación eléctrica a partir de recursos hídricos, procedió a recoger su concepto, mediante pronunciamientos para casos concretos, (Anexos 7 y 8) en los que indica que la circular inicial no era obligatoria.

Las razones por las cuales la orden del Ministerio hacia las Corporaciones de desatender las normas que permite la expedición de permisos de estudio de recurso hídrico para generación eléctrica era una orden a todas luces ilegal, se basan en que la interpretación del Ministerio es libre y proviene de una entidad que no es superior jerárquica de las Corporaciones Autónomas, que no tiene potestad para ordenar que se incumpla una norma vigente, así se trate de una norma ambiental, ya que esa facultad solamente la tienen las autoridades judiciales, y con esa orden se defraudaba a todos los solicitantes de permisos de estudio, que llevaban sus trámites adelantados, inclusive con permisos otorgados y sobre los cuales habían realizado una inversión económica, dejando de tramitar, por ejemplo, la licencia ambiental del proyecto.

16.2. Posición de CORPOCALDAS, con referencia a los permisos de estudio de recursos hídricos para adelantar proyectos hidroeléctricos

El Director General de la Corporación Autónoma Regional encargada de otorgar los permisos de estudio sobre recursos hídricos en Caldas, concedió en entrevista al diario local de Manizales LA PATRIA el 19 de Julio de 2009 (Anexo 9), en la

cual explicó a la comunidad cómo tramitaba CORPOCALDAS, los permisos de estudio.

Existen varios aspectos de carácter jurídico que inquietan en las declaraciones del Director de CORPOCALDAS, que evidencian aún más la crisis en el trámite de permisos de estudio de recurso hídrico para proyectos eléctricos en las autoridades ambientales, y son:

Al contestar el Director de la Corporación que CORPOCALDAS tuvo en cuenta las consideraciones técnicas y jurídicas que exige la Ley para el otorgamiento de los permisos, como por ejemplo, la posición y el concepto del Viceministerio del Ambiente, de sus abogados asesores y de la Directora de Licencias Ambientales, quienes revisaron y avalaron el procedimiento adelantado por CORPOCALDAS, no tuvo en cuenta el funcionario que la Ley no exige consideraciones técnicas de ninguna clase para los permisos de estudio. Como quedó explicado atrás, una de las fisuras jurídicas en la normatividad de permisos de estudio ambientales, en cuanto al recurso hídrico, radica precisamente en la ausencia de requisitos técnicos y jurídicos de Ley para determinar un orden de preferencia y criterios de evaluación de las solicitudes, que eviten conflictos entre solicitantes y de ellos con la autoridad ambiental.

La posición y el concepto del Viceministerio del Ambiente, de sus abogados asesores y de la Directora de Licencias Ambientales, no son instancias a las cuales debe acudir ninguna Corporación Autónoma para otorgar permisos de estudio, ni ningún permiso ambiental. La relación entre Corporación Autónoma Regional y el Ministerio de Ambiente corresponde al esquema de sistema nacional ambiental, SINA, contenido en la Ley 99 de 1993.

Por el contrario, las Corporaciones han sido celosas en afirmar su autonomía, y las pocas normas que evidenciaban alguna autoridad jerárquica del Ministerio, han sido demandadas por estas y declaradas inexequibles, como por ejemplo la Sentencia C-462 de mayo 14 de 2008 de la Corte Constitucional donde esta Corporación dijo:

En este marco debe advertirse que la potestad de intervención del Ministerio es discrecional y selectiva, cuando las circunstancias lo ameriten, lo que de ninguna manera autoriza la intervención inconsulta o arbitraria en los asuntos propios de las Corporaciones Autónomas Regionales. La Corte entiende que cuando la ley limita dicha intervención en estas circunstancias exige la presencia de motivos objetivos, verificables y serios que justifiquen la incursión del Ministerio en los asuntos manejados por las Corporaciones.

El asunto de las decisiones de permisos ambientales es exclusivo de la Corporaciones, máxime cuando en este tipo de permisos, de estudio, no representan una intervención específica al medio ambiente, sino que son una especie de permiso “preparatorio” para una concesión de aguas o una licencia ambiental. Por lo tanto, no puede decirse que amerita la intervención del Ministerio, mucho menos de otras corporaciones.

16.3. Salidas a la ausencia de procedimiento para otorgamiento de permisos de estudio de uso de agua para producción de energía eléctrica

Debe tenerse en cuenta, que de acuerdo con la Ley 99 de 1993, las Corporaciones Autónomas tienen facultad de expedir normatividades ambientales aduciendo el principio de rigor subsidiario, permitiendo a estas autoridades dictar

normas ambientales regionales más rigurosas que las nacionales. Si el obstáculo para el otorgamiento de los permisos de estudio de recurso hídrico para generación eléctrica, observado por el Ministerio del Ambiente, es que la norma que rige estos permisos de estudio no se ha reglamentado, y es por lo tanto inaplicable, existen dos salidas desde la institucionalidad que son viables y lógicas, una, es reglamentar el artículo de permisos de estudio a través de un Decreto o Resolución del Ministerio de Ambiente, y otra, es indicarle a las Corporaciones que pueden reglamentar los permisos ellas directamente, en uso del principio de rigor subsidiario.

De acuerdo con lo expuesto, en consideración a las apreciaciones del Ministerio del Ambiente, y dado que tenía varios permisos de estudio de recursos hídricos para la producción de electricidad, CORPOCALDAS mediante Resolución 098 del Marzo de 2009 – reglamentó el otorgamiento de permisos de estudio, licencias y concesiones con fines de generación de energía hidroeléctrica, (Anexo 10) con base en los siguientes aspectos esenciales, en caso de los permisos de estudio:

1. Información de la solicitud (interesado o solicitante, identificación del predio, delimitación del área, objeto de la solicitud, metodología de realización del estudio, inmuebles afectados, cronograma y costo).
2. Inicio de las actuaciones.
3. Desistimientos e interrupción de trámites.
4. Orden de prelación de las solicitudes.
5. Superposiciones, traslapos y sustracciones.
6. Derecho de turno.
7. Pérdida de fuerza ejecutoria del permiso de estudio.
8. Término de los permisos de estudio.

Se considera adecuada y recomendable la actuación de CORPOCALDAS al reglamentar los permisos de estudio de recurso hídrico para producción de energía eléctrica, pues no tuvo en cuenta la circular del Ministerio de Ambiente, por su evidente ilegalidad, y además muestra la intención de la Corporación de salirle al paso a la crisis, en beneficio de los usuarios que estaban solicitando los permisos. La reglamentación de CORPOCALDAS predica la posición de autonomía que pretendió la Constitución y la Ley para las Corporaciones Autónomas y demostró la capacidad técnica para analizar solicitudes que en principio son complejas.

Sin embargo, los requisitos que establece CORPOCALDAS en su resolución, son estrictos y desincentivadores para los posibles solicitantes, pues la información que se exige, es prácticamente la misma que se solicitaría en caso de un trámite de Licencia Ambiental, quitándole al permiso de estudio, el carácter de pre-licencia o de precariedad, con que la Ley lo estableció, pues todos los requisitos técnicos que se piden, son objeto más del resultado del estudio, lo que lo hace inocuo y poco práctico.

Tampoco tuvo en cuenta, CORPOCALDAS, asuntos de trascendental importancia, como lo son el tema de los permisos por cuenca o por fuente, prelación de solicitantes, cuando estos son por ejemplo, personas de derecho público, etc.

16.4 Proyecto de Decreto para el trámite y otorgamiento de permisos de estudio para producción de energía hidroeléctrica.

En la medida en que sí es evidente la necesidad de una reglamentación en los permisos de estudio de recurso hídrico con fines de generación hidroeléctrica, lo ideal es que esta reglamentación se haga vía Decreto del Ministerio del Ambiente.

El Ministerio del Ambiente, intentó reglamentar los permisos de estudio de recursos hídricos para producción hidroeléctrica, con un proyecto del año 2009. (Anexo 11). Este proyecto de Decreto, no se ha materializado hasta ahora, pero contiene elementos importantes en el desarrollo de la figura de estos permisos como son:

- Se establecen prioridades en el otorgamiento de los permisos, consistentes esas prioridades en la conveniencia de la preservación ambiental, la necesidad de mantener las reservas de recursos y los beneficios y costos económicos y sociales de cada proyecto y el plan de ordenamiento y manejo de la cuenca.
- Se establecen requisitos de la solicitud del permiso, como la certificación de la presencia de comunidades indígenas o negras, la descripción de las obras que se proyectan, su costo, ubicación geográfica, la justificación del estudio, la metodología del estudio, el plan de estudio, el cronograma de actividades, los planos del área de estudio, y lo más importante un concepto de la Unidad de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas sobre el proyecto que requiere utilizar el agua.

- Una propuesta interesante, y seguro el principal aporte del Decreto es la definición de un procedimiento con términos, en la que se da un término de 20 días a la autoridad ambiental para definir el permiso.
- Se dice en el proyecto de que los informes de estudio deben presentarse cada tres meses y el contenido técnico de éstos que incluye la ubicación del área, parámetros morfométricos, geomorfológicos, análisis climatológico, amenazas, aforos líquidos y sólidos, muestreos de calidad del agua, análisis hidrológico, inventario de estructuras hidráulicas. Estos estudios deben articularse con la ordenación y manejo de la cuenca, planes de parques y zonas protegidas, reglamentación de corrientes y objetivos de calidad, entre otros.
- Otro aspecto de importancia en el proyecto de Decreto, es la vigencia del permiso. Con la norma del Código de Recursos Naturales, estos permisos pueden ser de dos años prorrogables. Con el Decreto que se proyecta, el permiso dura un año, y se puede prorrogar excepcionalmente hasta por otro año.
- Con el proyecto de Decreto se conserva la prioridad para quien realizó el estudio, del uso de obtener la concesión de aguas, pero debe solicitarla con el informe final del estudio, so pena de perder esa prioridad.
- Se establece que la colisión o concurrencia de competencias entre Corporaciones que se sientan competentes para otorgar un permiso de estudio, la debe dirimir el Ministerio de Ambiente en un plazo de 15 días después de planteada. Cuando se define la Corporación competente para otorgar el permiso de estudio, también debe dirimirse el grado de participación de las corporaciones interesadas, en el seguimiento del permiso.

El aspecto más novedoso y beneficioso del Decreto es que articula el sector ambiental con el sector de planeación eléctrica, con el concepto que sobre el permiso de estudio se le solicita a la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, pues la razón de la crisis en los permisos de estudio de recurso hídrico para producción eléctrica, radica en la especulación que con ellos, están haciendo los desarrolladores de proyectos, y el interés que tienen en ellos para valorizar los proyectos y poderlos negociar. Con el concepto previo de la UPME se garantiza que sólo podrá ser beneficiario de un permiso de estudio, quien haya registrado el proyecto con anticipación, o quien demuestre ser capaz de ejecutar el proyecto en caso que el estudio sea favorable, o quien pueda demostrar que tiene preinversiones en el proyecto que se relaciona con la fuente a estudiar, en resumen, desarrolladores serios.

El Decreto que podría poner orden a la crisis de los permisos de estudio, no ha sido dictado aún, a pesar de que el proyecto estaba avanzado faltándole únicamente la firma del Ministro, las razones de esa omisión pueden ser:

- El permiso de estudio no busca estudiar la viabilidad de un proyecto hidroeléctrico, lo que busca es estudiar la posibilidad de que una fuente específica pueda ser concesionada para uso hidroeléctrico. Con el proyecto de Decreto, ya se debe tener definido un proyecto específico, y en este caso es mas procedente tramitar la licencia ambiental.
- La crítica que se realiza al proyecto de Decreto, es la misma realizada a la reglamentación de CORPOCALDAS, y es que el permiso de estudio debe ser un permiso sencillo, y no se debe pedir tanta información para su otorgamiento, pues de los resultados acerca de disponibilidad de recurso hídrico, se debe proyectar o diseñar el proyecto.

Para la época de la expedición de la norma de permisos de estudio, en el Código de Recursos Naturales Renovables, año de 1974, el requisito ambiental que requerían los desarrolladores de proyectos hidroeléctricos era únicamente la concesión de aguas, y dado que es relativamente simple tramitar una, tramitar el permiso de estudio, le daba seguridad al solicitante y le permitía la planeación adecuada del proyecto, antes de tramitar la concesión.

La realidad es que las bondades y ventajas de un permiso de estudio, y lo que lo hace atractivo es la simplicidad en su trámite. La filosofía del permiso debería continuar con la simplicidad, pero reglamentando otros aspectos como las prioridades de acuerdo con la calidad del solicitante, restringir el permiso a fuentes no a cuencas, tratamientos especiales cuando se trate de proyectos que tengan algún avance pero que carezcan de permisos ambientales etc.

16.5 Paralelo de permisos de estudio para diversidad biológica con permisos de estudio de recurso hídrico con fines energéticos

El Artículo 56 del Código de Recursos Naturales, ya fue reglamentado en lo relativo a investigación científica sobre diversidad biológica, por medio del Decreto 309 de 2000 (Anexo 12).

En la primera parte del Decreto se mencionan dos aspectos que pueden ser de importancia también al momento de reglamentar los permisos de estudio de recursos hídricos para generación hidroeléctrica, teniendo en cuenta que muchas de las personas jurídicas desarrolladoras o interesadas en desarrollar proyectos hidroeléctricos en Colombia, tienen en algún grado composición accionaria pública. Estas consideraciones que contiene el Decreto consisten en la consideración de que los recursos naturales renovables hacen parte de la

soberanía nacional y otra consideración relacionada con la simplificación de trámites al prescribir que se deben abreviar los permisos, autorizaciones, investigaciones, eliminando toda regulación, trámite o requisito que dificulte el desarrollo de las mismas.

Los requisitos para un permiso de estudio, en principio deben ser mínimos, en la medida en que el estudio en sí mismo no produce impacto ambiental, pues se trata de una actividad de recolección de información, mediciones, entrevistas etc., y no significa el aprovechamiento del recurso estudiado.

El Decreto de permisos de estudio para recursos hídricos con fines de producción energética, podría adaptar algunos elementos del Decreto 309 de 2000, como las siguientes:

- Una exención del permiso a entidades públicas relacionadas con la diversidad biológica. En el caso del recurso hídrico para producción energética la exención debería ser para las entidades relacionadas con la planeación energética, pero conservando la facultad de realizar exclusivamente los estudios y dar prioridad en el otorgamiento de la Licencia Ambiental a quien esta entidad indique.
- La unificación de los permisos para personas jurídicas interesadas en adelantar dos o más proyectos hidroeléctricos para que tramiten un sólo acto que incluya todos los proyectos, siempre y cuando éstos se encuentren en zonas relacionadas en programas institucionales de generación.
- El conflicto de competencias en caso de que los estudios se desarrollen en jurisdicción de dos o más de las autoridades ambientales, el procedimiento para el otorgamiento del permiso será adelantado por el Ministerio del Medio

Ambiente o por la autoridad ambiental que éste determine.

- Si la Corporación Autónoma a la cual se formule la solicitud de permiso de estudio, considera que existe colisión o concurrencia de competencias, pondrá en conocimiento del Ministerio del Medio Ambiente dicha situación dentro de los cinco días siguientes a la solicitud para que éste designe una de las autoridades ambientales competentes como responsable de adelantar el procedimiento para el otorgamiento del permiso o lo asuma directamente. El Ministerio del Medio Ambiente dispondrá de diez días para definir la competencia o avocar directamente el trámite del permiso.
- La autoridad ambiental que asuma el conocimiento deberá solicitar concepto a las demás autoridades ambientales con jurisdicción en el área donde se pretendan adelantar los estudios, y éstas contarán con un término de quince días para pronunciarse al respecto.
- Es aspecto de la emergencia energética. El Ministerio del Medio Ambiente o la autoridad ambiental que éste determine, expedirá los permisos de estudio que se requieran de manera inmediata en caso de riesgos potenciales de desabastecimiento de energía.
- En lo concerniente a permisos de estudio para personas jurídicas extranjeras o con composición accionaria extranjera, deberán presentarse consorciados o asociados a una empresa colombiana que avale el Ministerio del Ambiente y que participen en el estudio o contribuyan en el seguimiento y evaluación de la misma.
- La reglamentación de permisos de estudio para uso de agua en proyectos hidroeléctricos, debe establecer unas obligaciones mínimas para los

ejecutores de los estudios como presentar informes parciales y/o finales de actividades, según lo disponga la autoridad competente en el respectivo permiso de estudio.

- En cuanto a la prohibición de comercializar o especular en el mercado con los resultados del permiso de estudio de recurso hídrico para la producción de energía eléctrica, debe de alguna manera establecerse esa prohibición, pues es la causa principal de la emergencia en la aplicación del instrumento.
- Respecto de la revocatoria o suspensión del permiso por incumplimiento de las obligaciones a que está sujeto el permiso de estudio, esta debe estar sustentada en un concepto técnico que no requiera consentimiento expreso o escrito del titular del permiso.
- Un aspecto importante que debe considerarse al reglamentar los permisos de estudio para producción hidroeléctrica es el de la propiedad intelectual de los resultados de los estudios, y el acceso que competidores puedan tener a estos por intermedio de la autoridad que otorga el permiso, obligando a que cualquier información que sea aportada por el solicitante o titular del permiso de estudio y que constituya secreto industrial, será mantenida en confidencialidad por la autoridad ambiental competente cuando el titular del permiso lo solicite.
- El ejercicio hecho por el Ministerio del Ambiente, respecto de permisos de estudio para diversidad biológica, puede replicarse con los permisos para producción energética, teniendo en cuenta que a pesar que se trata de objetos totalmente diferentes, comparten el origen legal en el Código de Recursos Naturales, y se diferencian en el tipo de recurso a estudiar, estando el de recurso hídrico, bajo una presión especial, pues se le da más importancia al

permiso per se, y el bloqueo a otras solicitudes por un término de tiempo, que al resultado mismo de los estudios.

17. Propuestas para salir de la crisis

La problemática que representan en la actualidad las posiciones tan divergentes en cuanto a permisos de estudio, es únicamente jurídica, con repercusiones económicas y financieras para los desarrolladores de proyectos, pues el interés de obtenerlos es precisamente su valoración para un proyecto determinado. La problemática no alcanza a afectar lo social ni las comunidades del área de influencia de los proyectos, pues los estudios no atañen una intervención sobre las áreas con obras, sino a recolección de información que no involucra las comunidades asociadas.

Sería ideal que las Corporaciones de todo el país, sobretodo aquellas con fuentes de potencial hidroeléctrico reconocido, hallaran mecanismos para unificar en una misma resolución, los requisitos y procedimientos para otorgar los permisos de estudio de recurso hídrico para generación eléctrica, para que en la práctica la replicación de la misma resolución en todas las corporaciones convierte la misma en norma nacional o al menos regional.

Este ejercicio se puede elaborar a partir de los insumos proporcionados por las resoluciones de las corporaciones que ya reglamentaron sus permisos de estudio de recursos hídricos para producción hidroeléctrica, el Decreto que reglamentó los permisos de estudio para investigación científica y el proyecto de Decreto del Ministerio del Ambiente, canalizando esta iniciativa a través de la Asociación Nacional de Corporaciones Autónomas Regionales (ASOCARS) y con apoyo de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, debe tener en cuenta que esta entidad no es competente para otorgar permisos de estudio, ni para definir conflictos de competencia en el otorgamiento de estos permisos, y por lo tanto, no debe involucrarse en la aplicación del instrumento, en casos concretos, pues la autonomía de que gozan la Corporaciones, y que fuera concedida por la Constitución Política, consiste en que estas se ocupen de los asuntos locales y regionales con completa independencia del Gobierno Nacional.

El Ministerio de Ambiente, al predicar la inaplicabilidad de la norma de permisos de estudio, está en capacidad de demandar la norma de inexecutableidad ante la Corte Constitucional con base en los argumentos que esgrime para que no se aplique, y puede también solicitar un concepto con autoridad ante el Consejo de Estado, para que le aclare acerca de la vigencia de la norma, su aplicabilidad, la necesidad o no de procedimiento, si se pueden otorgar permisos de estudio de recurso hídrico para cuencas o si se deben restringir a fuentes y si el Ministerio es competente para dirimir los conflictos de competencia.

Se debe lograr que haya una comunicación entre la entidad encargada de la planeación energética en Colombia, la UPME, y las autoridades ambientales, para que se dicten directrices en cuanto a empresas o entidades capacitadas para desarrollar proyectos hidroeléctricos, que haya demostrado interés e inversiones en los proyectos que requieren las fuentes a estudiar, y los intereses regionales para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos ligados a los planes de desarrollo del respectivo departamento.

18. Bibliografía

1. Angel, Gustavo. (2002). El retorno de Icaro La razón de la vida. Bogotá. PNUD.
2. Bao, M. (1999). Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Discurso inaugural lido na solemne apaertura do curso académico 1999/2000. Santiago de Compostela: Universidade. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico.
3. Brown, L. (1994). Quién alimentará la China?. Madrid. Instituto de políticas de la tierra.
4. Black, M. (2005). El secuestro del agua. La mala gestión de los recursos hídricos. Barcelona. Intermón Oxfam.
5. López, J. C. (2003). El agua que nos cae. Gestión de los sistemas hídrico-eléctricos: tensiones entre lo público y lo privado (1890-1980). Medellín. Universidad EAFIT.
6. Noguera, Ana Patricia. (2007). Emergencia de un pensamiento ambiental alternativo en América latina. Manizales. Universidad Nacional.
7. Ost, Francois. (1996). Naturaleza y Derecho Para un debate ecológico en profundidad. Paris. Ediciones Mensajero S.A.
8. Osorio, A. (2003). Derecho de aguas tomo 1 Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963 – 2003 los impactos ambientales asociados a la construcción y operación de grandes centrales hidroeléctricas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
9. Parra, E. (2006). Manejo del agua en Colombia: Reflexiones Exceso de legislación y falta de instrumentos para aplicarla. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
10. Santander, Enrique. (2002). Instituciones de derecho ambiental. Bogotá. ECOE.
11. Serres, Michel. (1991). El contrato natural. Valencia. Pretextos.

12. Uribe, H. B. Las aguas ante el derecho positivo colombiano. Bogotá. Cronos.
13. Velásquez, L. G. (2000). Bienes. Bogotá. Temis.
14. Villar, L., Carrizosa J., Sánchez, R., Borrero, J., González, J., Gutiérrez, I., Rodríguez, M., Amaya, O., Blanco, J., Sanclemente, G., Navarrete, F., Muñoz, R., García, M., Osorio, A., Hurtado, J., Ponce de León, E., Mariño, L., Mariño, J., Burgos, M., Oeding, Martha., Arrieta, L., Restrepo, M., Montes, C. y Pulgar, V. (2004). Evaluación y perspectivas del código nacional de recursos naturales en Colombia en sus 30 años de vigencia. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
15. Wilches, Ch. G. (1993). Y qué es eso, desarrollo Sostenible. Florencia: Corpes Amazonía.
16. Vasco, G. (1953). La reglamentación de las aguas de uso público, en el Código Civil colombiano. En: *Revista jurídica órgano de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Nacional y de la sociedad jurídica* N° 22. pp. (117-124)
17. Congreso Generalde la Nación. Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2002.
18. Congreso General de la Nación. Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al medio ambiente. Segunda Edición. Decreto 2811 de 1874. Bogotá: TEMIS, 1986.
19. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Primera Edición. Bogotá: Palma, 2009.

19. Anexos