

**“LA CONSULTA POPULAR EN EL SECTOR HIDROELÉCTRICO:
TENSIONES JURÍDICAS Y RETOS CIUDADANOS”**



**LUISA MARÍA QUINTANA QUIROZ
LUISA FERNANDA LONDOÑO JIMÉNEZ**

**UNIVERSIDAD EAFIT
MEDELLÍN
2019**

**LA CONSULTA POPULAR EN EL SECTOR HIDROELÉCTRICO:
TENSIONES JURÍDICAS Y RETOS CIUDADANOS”**

**LUISA MARÍA QUINTANA QUIROZ
LUISA FERNANDA LONDOÑO JIMÉNEZ**

**ASESOR
CAMILO ARANGO DUQUE**

Trabajo presentado para optar al título de abogadas

**UNIVERSIDAD EAFIT
MEDELLÍN
2019**

Nota de Aceptación de Jurados

Firmas

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1. MARCO TEÓRICO	7
2. CONTEXTO.	15
2.1. Historia energía eléctrica e hidroeléctrica en Colombia	17
2.3. Contexto Internacional	24
2.4. Contexto nacional del sector hidroeléctrico.	30
2.5 Impactos transversales del sector hidroeléctrico	35
3. CONSULTAS POPULARES EN EL SECTOR HIDROELÉCTRICO	47
3.1. Consulta Popular y planificación territorial.	47
3.2. Marco jurisprudencial desde 2014.	53
3.3. Tensiones jurídicas	69
3.3.1 Autonomía territorial versus Estado Unitario	69
3.3.2 Servicio público y utilidad pública.	73
4. RETOS DE LA CIUDADANÍA EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS AMBIENTALES.	80
4.1. Estudio crítico del panorama de la consulta popular en el sector hidroeléctrico.	80
4.2. Interacción entre el desarrollo sostenible y el sector hidroeléctrico.	84
5. CONCLUSIONES	92
REFERENCIAS	95

INTRODUCCIÓN

Los recursos naturales son una fuente de vida para la humanidad, en este sentido la relación seres humanos - naturaleza es sensible y paradójica, de allí que la esfera jurídica no solo tutele la vida humana y el medio ambiente, por separado, sino que también se ocupe de esta relación y sus frutos, y los haga objeto de control legal y jurisprudencial. Para el caso concreto, tenemos como relación entre seres humanos y recursos naturales, una práctica cada vez más común y controversial, esto es, la generación de energía hidroeléctrica.

La energía parece un concepto básico cuando se enuncia como la capacidad de los cuerpos para producir un trabajo, sin embargo, el asunto se complica y se bifurca, de un lado cuando entendemos que la energía es fundamental para el desempeño de las actividades cotidianas de supervivencia; de otro lado, que el proceso de generar energía modifica todo el ecosistema en el que tal actividad se realiza, por ejemplo un bosque se afecta cuando se utiliza como escenario para crear una central hidroeléctrica, pero además también crece su economía y su gente se ve en alguna medida involucrada (Coraminas, 2010).

En la presente monografía hablaremos de **energía hidroeléctrica**, consistente en la generación de electricidad por el movimiento del agua, constituyendo así una forma de energía renovable, pues gracias a su ciclo natural el recurso hídrico puede regenerarse o aprovecharse nuevamente en múltiples formas.

Basta conocer tan solo, algunos planteamientos que se dan alrededor del sector hidroeléctrico para que resulte evidente, que la energía hidroeléctrica plantea grandes disyuntivas con relación a sus costos y beneficios, por lo tanto representa un reto importante para el Estado Colombiano, desde su regulación, y por supuesto, para la ciudadanía, desde su aceptación; por lo tanto hablar de recursos naturales y su utilización es paradójico para los habitantes de un territorio, teniendo en cuenta el provecho económico que esto puede generar y lo compleja que es su regulación.

Sumado a todo lo anterior, en la presente monografía nos encontramos con otro elemento protagónico, la consulta popular como mecanismo de participación, que permite a la ciudadanía influenciar la toma de decisiones políticas y administrativas y así generar incidencia en las decisiones del poder público, esto es, abre a las personas del común la posibilidad de opinar si están o no de acuerdo con un proyecto hidroeléctrico, que como veremos en un capítulo del texto, tiene efectos transversales. Este mecanismo, tiene origen en la Constitución de 1991 y regulación en las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015.

Por lo anterior, es que utilizamos dos paradigmas que orientan o dialogan en el desarrollo del texto y que permiten abordar toda la problemática del caso a estudio de una manera actual y crítica, estos son, el Desarrollo Sostenible como un planteamiento global que vincula más de 170 países en 17 objetivos comunes (ODS) y el Realismo Jurídico como corriente de las Teorías Críticas del Derecho, que sitúa el derecho como una herramienta política y que replantea el derecho en su sentido estático y la enseñanza del mismo como un rígido conjunto de preceptos normativos.

Ambos paradigmas traen consigo planteamientos que permiten cuestionar las prácticas actuales y encontrar tensiones jurídicas, tales como el enfrentamiento de la descentralización y autonomía territorial con el carácter unitario del Estado Social de Derecho o incluso, la energía como servicio público en contraposición a la declaratoria de utilidad pública.

Así mismo, los paradigmas mencionados facilitan el camino, para plantear una serie de desafíos ciudadanos que trae la consulta popular, como mecanismo de participación ciudadana que determina el acuerdo o desacuerdo de una comunidad con un proyecto del sector hidroeléctrico, toda vez que los mismos siempre plantean grandes cuestiones económicas, ambientales y culturales. Para el caso de estudio, se establecen dos desafíos ciudadanos que refrescan este tema desde el panorama constitucional y critican la forma como la jurisprudencia modula los derechos fundamentales y ambientales de la ciudadanía.

En conclusión la presente monografía pretende, desde un punto de vista crítico, establecer un marco claro que dé cuenta de algunos datos básicos -técnicos e históricos del sector-, para luego proceder a narrar escalonadamente la jurisprudencia que ha regulado la consulta popular cuando esta refiere la disposición de recursos naturales -en prácticas como minería, hidrocarburos o energía hidroeléctrica- y por último despliega un análisis de tensiones jurídicas y retos ciudadanos que pone en consideración asuntos importantes en un Estado Social de Derecho, tales como la democracia participativa y los derechos fundamentales de la ciudadanía.

1. MARCO TEÓRICO

La consulta popular, constituye un mecanismo que posibilita la participación directa y con esta vincula una suma de opiniones que permiten a la ciudadanía influenciar la toma de decisiones políticas y administrativas y así generar incidencia en las decisiones que afectan el entorno; su funcionamiento se da a través de votaciones, la ciudadanía marca un tarjetón donde manifiesta con **sí** o **no** su voluntad y opinión de conveniencia, acerca de una pregunta clara y determinada que afecta el territorio, sea local o nacional (Villamil & Bautista, 2015).

Generalmente, los temas que son objeto de pregunta suelen ser temas trascendentales, tensos o sensibles que determinan asuntos relacionados con el medio ambiente, la economía, la cultura, entre otros.

De allí que los proyectos hidroeléctricos sean un tema objeto de pregunta en consultas populares, pues la energía es fundamental para el desempeño de las actividades cotidianas de supervivencia y las distintas formas de generarla, para el caso de estudio la hidroeléctrica, implican una modificación a todo el ecosistema que sirve de escenario, lo que consecuentemente afecta equilibrio entre los recursos naturales de un sector y la destinación -explícita o implícita- que hacen de ellos las personas que lo habitan.

Colombia es un país con abundantes recursos naturales¹, especialmente en agua y bosques, de allí que se haya impulsado significativamente la producción de energía hidroeléctrica, sin embargo, se han generado una serie de críticas por las afectaciones de esta práctica a bosques y ecosistemas en general. Por tanto, la energía hidroeléctrica plantea grandes disyuntivas con relación a sus costos y beneficios, por lo que se conecta directamente con un mecanismo de participación ciudadana como es la consulta popular (Colciencias, 2016).

Hay que anotar, que el resultado de las consultas populares resulta vinculante para las decisiones que posteriormente se tomen respecto al tema consultado. La jurisprudencia que ha regulado la consulta popular como mecanismo para definir si ejercer actividades en uso de recursos naturales ha llegado a una época de auge, desde hace aproximadamente cuatro o cinco años², pues han colisionado y han suscitado múltiples discusiones por la interrelación ya explicada (Cifuentes, 2002).

La intervención al medio ambiente y los ecosistemas genera fuertes controversias, por las formas en sí utilizadas y además por todo lo que ello implicaría, pues intervenir un sector dotado de recursos naturales no es solamente modificar “un fragmento del espacio” sino que tiene múltiples implicaciones en todas las esferas tanto ambientales como económicas, sociales y políticas, sin omitir que el resultado de tales intervenciones puede afectar en gran medida, la sostenibilidad de un territorio e interferir en los retos que enfrenta Colombia, como un país biodiverso que está en busca de

¹ El país ocupa el segundo lugar en biodiversidad y está entre las 12 naciones más megadiversas del planeta según Colciencias. En nuestro país, hasta la fecha contamos con 54.871 especies registradas, con 3.625 especies exclusivas, 66 aves, 1.500 plantas, 367 anfibios endémicos (únicos en Colombia), 115 reptiles, 34 mamíferos y 1543 orquídeas, con 7.432 especies de vertebrados: 479 mamíferos, 1889 aves, 571 reptiles, 803 anfibios, 2.000 peces marinos, 1533 peces dulceacuícolas y 197 aves migratorias, tenemos 30.436 especies de plantas, contamos con 32 biomas terrestres y 314 tipos de ecosistemas, los de páramo representan aproximadamente el 1,7% del territorio colombiano que aportan agua al 70% de la población.

² Desde 2014, el tribunal constitucional ha emitido más de cinco **sentencias** en las que regula el tema. **Incluso**, su auge no radica únicamente en la cantidad de sentencias emitidas que relacionan el tema, sino también por la profundidad que los ha menjado y la forma como ha cambiado tajantemente sus posturas de protección y desprotección ante derechos fundamentales como el de la participación ciudadana.

combatir la desigualdad y la pobreza, desde la articulación de acciones conscientes, ejecutadas desde el plano público y el privado.

Para adentrarnos un poco en lo relativo al combate de la desigualdad en el marco de las intervenciones al medio ambiente, cabe citar al economista norteamericano Jeffrey Sachs, quien durante una charla impartida en la Universidad Complutense de Madrid afirmó que:

Nos enfrentamos a muchas tensiones y crisis: la desigualdad, el cambio climático, el desempleo... Y para resolverlas hacen falta soluciones integrales. Los ODS pueden ser la respuesta, pues promueven que el crecimiento económico sea justo, inclusivo y compatible con el medio ambiente (Sachs, 2017).

Lo anterior deja plantados una serie de interrogantes, ¿Qué son los ODS? ¿Cómo actúan estos frente a tantas tensiones climáticas o económicas? ¿Qué sentido tiene hablar de ellos cuando hablamos de la energía hidroeléctrica?

Lo primero que debemos decir es que, los ODS, se denominan así por sus siglas. Se trata de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y son 17 objetivos que se convierten en la agenda internacional y los retos globales gestados en la Conferencia de Las Naciones Unidas celebrada en Río de Janeiro en 2012, donde se busca crear una mejor y más incluyente versión de los ODM (Objetivos de Desarrollo del Milenio), tocan temas trascendentales como la garantía de una vida sana y la promoción de bienestar para todos, así como la promoción del crecimiento económico sostenido y la reducción de desigualdad en y entre los países.

Como vemos los nuevos retos introducen un concepto de sostenibilidad, y gracias a la evolución que veremos más adelante del desarrollo sostenible, estos se repiensen y reestructuran.

La primera visión de desarrollo sostenible, según el Informe Brundtland "(...) presentado en 1987 por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland, trabajó analizando la situación del mundo en ese momento y demostró que el camino que la sociedad global había tomado estaba destruyendo el ambiente por un lado y dejando a cada vez más gente en la

pobreza y la vulnerabilidad” (Daly & Von Droste, 1987), el desarrollo sostenible comporta un ejercicio de autosatisfacción de necesidades responsable, que no afecta ni compromete la posibilidad de las generaciones siguientes para su respectiva autosatisfacción.

Por tanto el desarrollo sostenible para 1987 se planteó así “Satisfacer necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias” (Daly & Von Droste, 1987, p.6), lo cual en principio resulta acertado e inclusivo con relación a la justicia intergeneracional.

Luego, se introdujo una visión enfocada en el desarrollo holístico³ del concepto que encuentra en el desarrollo sostenible no solo una autosatisfacción responsable, sino inclusiva y equitativa, que se piensa los ecosistemas desde la regeneración, conservación y restablecimiento. Según La Cumbre Río+20⁴ “El futuro que queremos” (ONU 2012), el objetivo del Desarrollo Sostenible se describe así:

Reafirmamos también que es necesario lograr el desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los niveles de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la inclusión, y promoviendo la ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas, que contribuye, entre otras cosas, al desarrollo económico, social y humano y facilita al mismo tiempo la conservación, la regeneración, el restablecimiento y la resiliencia de los ecosistemas frente a los problemas nuevos y en ciernes (Sachs & Vernis. P. 23)

Como vemos, este concepto desprende un enfoque holístico que enlaza el desarrollo económico, la inclusión social y la sostenibilidad, planteados estos como pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente.

³ El cual evoluciona de este modo como respuesta a un **requerimiento** más extenso por parte de **las circunstancias**.

⁴ «Río+20» es el nombre abreviado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil (del 20 al 22 de junio de 2012), veinte años después de la histórica Cumbre de la Tierra en Río en 1992. Río +20 fue también una oportunidad para mirar hacia el mundo que queremos tener en 20 años.

Esta nueva ola tripartita, que por supuesto es más inclusiva de esferas sensibles, trae consigo un reto que es el de la sostenibilidad, que se plantea en 1972 con la conferencia de Estocolmo, y en un enfoque más propio del conservacionismo utilitario y que se viene a desarrollar muchos años después en Informes de la Naciones Unidas. A la fecha, resulta útil para realizar cuestionamientos relacionados con la sostenibilidad de la práctica que nos ocupa, la generación de energía hidroeléctrica.

Si entendemos que el objeto de estudio puede leerse a través de una visión holística e inclusiva del Desarrollo Sostenible, es necesario establecer, nuevamente bajo los planteamientos de Jeffry Sachs, una forma de trabajo del desarrollo sostenible, que se conecta con cuestionamientos relativos a la energía hidroeléctrica, esto es el enfoque normativo (Sachs, 2017).

El Desarrollo Sostenible como enfoque normativo, define los objetivos de una sociedad bien ordenada, que se ocupa del bienestar de generaciones actuales y futuras y que por supuesto busca encuadrar sus realidades ante una visión holística que trae una propuesta de sociedad desarrollada económicamente, incluyente socialmente y sostenible ambientalmente.

En el marco de este enfoque, una sociedad conforme los pilares del desarrollo sostenible realiza una buena gestión del entorno natural. En esto haremos especial énfasis en la medida en que nos resulta de sumo interés entender cómo el desarrollo sostenible y especialmente sus objetivos (ODS) abarcan y transversalizan la forma en que se usan los recursos naturales para la generación de energía; todo lo anterior sin dejar de lado la buena gobernanza, que como es obvio predica las buenas prácticas con relación a las decisiones administrativas y sobre la cual también hay un énfasis especial, en tanto puede hablar de cómo se planifica y regula desde la administración, el uso de los recursos naturales.

Ahora bien, las Teorías Críticas del Derecho, según (Bobbio, & Guerrero, 1991) son una corriente crítica norteamericana que ve en el derecho un instrumento de planteamientos políticos y por tanto constituye un punto de vista relevante

para analizar las regulaciones jurisprudenciales que han modulado las Consultas Populares en Colombia. Así, podemos decir que las sentencias que realizan tales regulaciones dan cuenta de las ideologías y discursos políticos que se convierten en decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento, y tocan directamente la posibilidad de los ciudadanos para decidir e incidir en un tema de vital importancia en su vida y por supuesto en su esfera ambiental, social, económica y política como es la intervención de su ecosistema con la generación de energía hidroeléctrica.

En consecuencia, es menester entender el derecho desde un punto de vista crítico, a partir de paradigmas distintos que se atrevan a cuestionar el sentido social y político de las normas, la finalidad con que estas se expiden y por supuesto la forma como se usan en la vía judicial para poder entender que la ciudadanía se enfrenta a un desafío en la lectura y uso que hace de las normas y las piezas jurisprudenciales que regulan la Consulta Popular en el sector hidroeléctrico.

Por ahora, hay que anotar que las teorías críticas del derecho son útiles a efectos de ver las regulaciones a la consulta popular en el sector hidroeléctrico como instrumentos políticos, toda vez que las modulaciones en un sentido o en otro, al alcance de este mecanismo, son expresión de un proyecto o interés que emana del juez.

Ahora bien, el Realismo Jurídico entendido como una especie de las mismas, se compone de una serie de postulados que van siempre en una dirección de realidad social, más que de excesos normativos. Esto es, según Witker Velásquez (2008) “Para los realistas jurídicos el Derecho no está ideado con enunciados obligatorios, sino con reglas producto de la observación de la realidad y así las decisiones judiciales responden a las necesidades sociales. 12), lo que acto seguido nos permite afirmar que cuando un juez emite una sentencia como los últimos pronunciamiento de la Corte cuando limita la consulta popular, no hace más que emitir reglas producto de su observación y de la instrumentalización política que se hace de las herramientas jurídicas.

El realismo jurídico se ha estructurado a partir de diferentes corrientes, para el objeto de estudio tendremos la atención en el realismo clásico, que asegura que cada gobierno establece las leyes según la conveniencia de quien ostenta el poder, de allí que las piezas jurídicas se traducen siempre en instrumentos políticos en los que establecen lo justo idéntico con lo conveniente para el gobierno constituido.

Duncan Kennedy, como gran precursor del realismo jurídico, se encarga de plantear diversamente la forma como la ideología puede tener serias repercusiones en la toma de decisiones judiciales, y ello resulta conducente y pertinente, pues si nuestro objeto a analizar es la consulta popular en el sector hidroeléctrico, y los alcances de tal mecanismo han sido estrictamente definidos por los órganos de cierre jurisdiccional, resulta bastante necesario preguntarnos por las motivaciones que conducen esas decisiones y si las mismas son cargas ideológicas o meras aplicaciones formales de la norma.

Y por supuesto, resulta muy útil, en el marco de un Estado Social de Derecho, pensar el alcance de un mecanismo de participación e incidencia ciudadana como lo es la consulta popular, toda vez que nos encontramos frente a un tema que define los rasgos democráticos de un país y que a su vez es álgido políticamente, de allí que parezca tan pertinente preguntarnos, desde un punto de vista crítico y académico, ¿qué puede aducirse de las decisiones judiciales que amplían o restringen el uso de tal mecanismo?.

Siguiendo al profesor Kennedy (1992), lo primero que tendríamos que aclarar es que el juez siempre puede adoptar una actitud estratégica frente a los materiales jurídicos con los que cuenta como fuente de derecho para tomar una decisión, y por actitud estratégica puede entenderse la actitud en la que hay inmersa una motivación externa para elegir una solución y no otra.

Sin embargo, cabe decir que una práctica judicial no puede reprimir la habilidad judicial de trazar estrategias para resolver un conflicto, si partimos de que el juez trabaja reformulando los supuestos de hecho problemáticos y justificando esa reformulación a través de argumentos jurídicos, debemos afirmar que la

práctica de las decisiones judiciales no puede ser una restricción absoluta del significado que el legislador quiso darle a la norma pero tampoco puede comportar la decisión judicial un uso deliberado de la misma sin que medie un asunto de derecho plenamente jurídico.

Esto último, resulta importante plantearlo, toda vez que el trabajo de discernimiento ya explicado que hace el juez frente a cada caso puede interpenetrarse con la retórica política del momento y configurar claramente una influencia ideológica en las decisiones judiciales, que termina por reducir el poder de las mayorías ideológicamente organizadas sobre áreas reguladas por el derecho.

En el realismo jurídico, encontramos críticas que aluden directamente a los formalismos o racionalismos jurídicos con los cuales no se deja ver o mejor se ignora “el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y los juristas, que construyen el derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo” (Kennedy, 1992, p. 284).

Adicionalmente, pretenden poner de presente que es imposible poder solucionar los conflictos atendiendo a la ponderación de los mismos o a una teoría integradora coherente, pues:

Filosófica, moral y políticamente el Derecho está simultáneamente comprometido con polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables. Subyacen las contradicciones del pensamiento liberal, que CLS analiza (individualismo y altruismo, razón y deseo, deontologismo y consecuencialismo, subjetivismo y objetivismo, intencionalismo y determinismo, justicia formal y sustantiva, etc. (Unger, 1975, p. 28)

Con esto en mente, queda claro que la perspectiva crítica que se plantea desde corrientes como el Realismo Jurídico, puede utilizarse para el objeto de estudio, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo de participación ciudadana que está siendo modulado por piezas jurídicas que son discursos

políticos, a lo cual debe dársele clara lectura para discernir a partir de ello los retos y desafíos que enfrenta la consulta popular.

Por tanto, resulta importante pensarse el ámbito jurídico como un espacio para expedir instrumentos que regulen las realidades y los asuntos facticos que efectivamente involucran la vida diaria de los ciudadanos, pues es problemático en la actualidad la expedición constante de instrumentos jurídicos que poco o nada se conectan con la solución a las problemáticas reales y que se justifican a través de tecnicismos que se alejan de la ciudadanía común y se acercan a intereses particulares.

Con todo ello, resulta necesario entender los conflictos que se llevan al plano jurídico como una extensión de nuestra realidad y por tanto como un objeto sensible de nuestros intereses y particularidades, de allí que las ideologías permeen la actividad judicial y no necesariamente como un compromiso o proyecto personal sino como meras elecciones que el juez realiza en pro de optimización de resultados, a lo cual podremos regresar con mayor detenimiento en momentos posteriores del texto.

2. CONTEXTO.

Para iniciar la comprensión del sector eléctrico e hidroeléctrico debe partirse de una premisa fundamental y es que la energía eléctrica es un presupuesto básico para el desarrollo y el avance de una sociedad y la dinámica para su generación es objeto de críticas, al respecto ha dicho el profesor Álvaro Osorio Sierra que:

La disponibilidad de energía eléctrica es uno de los más importantes requerimientos del desarrollo, y el acceso a los recursos naturales, renovables o no, para su generación, constituye una fuente permanente de debates entre críticos académicos y defensores del medio ambiente (Osorio, 2003. P. 323).

Luego, lo anterior se revalida si nos situamos en un país como el nuestro que según Colciencias 2016:

Ocupa el cuarto puesto en recursos hídricos en el planeta, después de Rusia, Canadá, y Brasil. Su precipitación anual es cinco veces la del

promedio mundial y el doble de Suramérica. Tiene costas en sus dos mares, cuenta con 50 mil especies vegetales superiores, es el segundo en el mundo en biodiversidad (Colciencias, 2016, 1).

Dispone de 2.680.00 hectáreas de lagos, lagunas, y ciénagas. Con sus ríos conforma cinco cuencas hidrográficas: mar Caribe con 435 mil Km²; Pacífico con 92 mil Km²; Orinoco con 263 mil Km²; Amazonas con 332 mil Km²; y la cuenca del Río Catatumbo con 18.500 Km² “Somos privilegiados ante el mundo y por eso oxigenamos el planeta para llenarlo de vida. (Osorio, 2003. p. 325).

Ahora bien, teniendo como base un territorio rico en recursos naturales y una práctica compleja que suscita diferentes críticas -como es la generación de energía hidroeléctrica- resulta necesario poner de presente algunos datos con relación a las centrales hidroeléctricas, pues estas comportan el espacio físico de lo que en teoría es objeto de disputas y múltiples debates, así:

Las centrales hidroeléctricas constituyen la más importante fuente de generación de energía eléctrica en nuestro país, como consecuencia directa de su riqueza 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 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 (Osorio, 2003, p. 323 y 324)

⁵ En nuestro país, hasta la fecha contamos con 54.871 especies registradas, con 3.625 especies exclusivas, 66 aves, 1.500 plantas, 367 anfibios endémicos (únicos en Colombia), 115 reptiles, 34 mamíferos y 1543 orquídeas, con 7.432 especies de vertebrados: 479 mamíferos, 1889 aves, 571 reptiles, 803 anfibios, 2.000 peces marinos, 1533 peces dulceacuícolas y 197 aves migratorias, tenemos 30.436 especies de plantas, contamos con 32 biomas terrestres y 314 tipos de ecosistemas, los de páramo representan aproximadamente el 1,7% del territorio colombiano que aportan agua al 70% de la población. Sin embargo, éstas son cifras estimadas porque aún desconocemos la cantidad de microorganismos y especies que conforman nuestra Biodiversidad. In duda alguna, hablar de biodiversidad implica no solo pensar en los recursos naturales, sino en todas las manifestaciones de la vida, en cultura, costumbres, dialectos y formas de vida...”

2.1. Historia energía eléctrica e hidroeléctrica en Colombia

Bajo un método deductivo, pasamos ahora a la historia de la energía hidroeléctrica en Colombia y, como es de suponerse, no abarcaremos cada detalle por efectos de espacio y porque ese no resulta ser nuestro objeto de estudio, sin embargo determinaremos una serie de hitos o momentos relevantes que configuran la historia de la energía hidroeléctrica en un plano local como es el de Colombia, que sirven como marco para entender el tratamiento que hacen de la materia las Cortes -especialmente la Corte Constitucional- y el poder legislativo en la actualidad (Vélez, 2011).

Entrando en materia, tenemos que para el periodo comprendido entre **1930 y 1966**, los usos iniciales que se le dio en Colombia a la energía eléctrica se enfocaron básicamente en alumbrado público y comercio. Luego, se empezó a implementar en los hogares más acaudalados de las ciudades, para la cocción de alimentos y la calefacción. Posteriormente, se adecuó su utilización como fuerza motriz, empleándose en talleres, fábricas y tranvías (Álvarez & Tamayo, 2005).

En ese orden de ideas, los primeros desarrollos en los sistemas eléctricos regionales se dieron básicamente por iniciativa privada y con capital extranjero en los departamentos de Cundinamarca, Santander, Antioquia, Valle del Cauca y la Región Caribe. Con la reforma constitucional de 1936 se sientan las bases para la intervención estatal en diversas actividades de la economía y se crea entonces la **Ley 109 de 1936** y el Decreto 1606 de 1937, normas que marcan el inicio de la injerencia de la Nación en el desarrollo del sector eléctrico y en general de los servicios públicos domiciliarios.

Luego, viene la **Ley 80 de 1946**, “por la cual se crea el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico - ELECTROAGUAS” y esta consecuentemente promueve la creación y desarrollo de las electrificadoras departamentales, entre otras disposiciones, lo cual amplía el sector. Entre 1947 y 1958 se crearon las de Huila, Santander, Norte de Santander, Tolima, Boyacá, Nariño, Cauca, Atlántico, Magdalena, Córdoba, Cundinamarca, Chocó

y Antioquia. El instituto impulsaría también la construcción de importantes proyectos de generación, algunos de los cuales aún están en servicio como la Central Hidroeléctrica del Bajo Achincayá, en el Valle del Cauca, y la Central Hidroeléctrica La Esmeralda, en Caldas (Vélez, 2011).

La reforma constitucional de 1954 marca otro hito de suma importancia en el desarrollo de los servicios públicos al permitir la creación de establecimientos públicos con personería jurídica, en ese sentido, las empresas eléctricas obtuvieron autonomía presupuestal y financiera que les permitiría contratar créditos avalados por la Nación con la banca multilateral la cual tendrá, en las décadas siguientes, un papel fundamental en el desarrollo del sector eléctrico colombiano.

Para **los años 60**, la capacidad instalada aumenta siendo de 1.900 MW, 40 veces más, respecto a la existente a principios de los años 30, pero aún insuficiente para satisfacer las necesidades del país, un poco más de 1.250.000 usuarios y una producción anual de 10.000 Gwh (Vélez, 2011)..

En respuesta a la situación anterior, en **1966** se hizo la integración de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, la Corporación Autónoma Regional del Cauca y el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, firmando el Convenio para la Integración del Sector Eléctrico y el Ensanche de la Capacidad.

Para los años comprendidos entre **1967-1990**, se dan un par de hechos importantes que vale la pena volver sobre ellos, los cuales reafirman el sometimiento de órdenes y reglas tanto del sector como del manejo de recursos naturales, así:

En 1967 adquirió vida jurídica la nueva compañía que se llamó **Interconexión eléctrica S.A. –ISA-**, la cual se constituyó como una empresa industrial y comercial del Estado, que tenía funciones como interconectar los sistemas de las empresas accionistas; establecer prioridades en la construcción de nuevas centrales de generación; programar y construir las futuras plantas de

generación; controlar el despacho diario. ISA logró tener un protagonismo muy relevante, elaboraba los planes de expansión de transmisión y generación, además, en su junta directiva se decidía la ejecución de los proyectos, y esta mantenía una relación privilegiada con la banca multilateral y con el Gobierno Nacional, era la generadora cuasi-monopolística del país (Vélez, 2011).

En el año de **1974**, el gobierno nacional mediante el Decreto Ley 636 de 1974 decretó que “el Ministerio de Minas y Petróleos cambia su denominación a la de Ministerio de Minas y Energía” (Ministerio de Minas, 1974). Este tenía funciones como por ejemplo, el realizar las investigaciones pertinentes para lograr un mejor conocimiento de las posibilidades mineras, hidrocarburíferas e hidroeléctricas del país; dictar las providencias y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas entre otras cosas con la *generación*, transmisión, interconexión, distribución y normas técnicas de energía eléctrica; interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales, minerales y energéticos del país; y establecer de común acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación, prioridades en la construcción de *nuevas centrales generadoras* y programar la construcción de fuentes futuras de generación de energía.

Hay que decir entonces, que los logros de esta época fueron importantes, toda vez que entre 1970 y 1990 se interconectó el país y se construyeron los grandes proyectos hidroeléctricos como San Carlos, Chivor, Betania, Guatapé, Guavio, etc., que hoy abastecen la demanda nacional, 6.585 kilómetros de líneas y 7.715 MW de capacidad, vale decir, el 47% del Sistema de Transmisión Nacional y el 57% de la capacidad instalada actual. Pero este gran desarrollo de la infraestructura física no estuvo acompañado de un esquema adecuado de financiación que garantizara su sostenibilidad. Dicho logro, se hizo en un 60% con recursos de la banca multilateral y del Banco Interamericano de Desarrollo - -BID-. Así, la deuda del sector eléctrico se fue convirtiendo en el principal problema macroeconómico del país, llegó a representar un 40% del endeudamiento externo.

Pero luego de la regulación y los avances llega una época de crisis para los **años 90**, a inicios de esta década el sector enfrentaba una difícil situación financiera como resultado del endeudamiento para impulsar el sector eléctrico, y en general por la falta de gestión administrativa y financiera por parte del Estado. Esto, se tradujo finalmente en un racionamiento nacional de electricidad durante 1991 – 1992, ligado también a un fenómeno del Niño fuerte que azotó al país. Estos hechos condujeron a la modernización del sector.

Con la llegada de la **Constitución Política de 1991** se dieron cambios importantes como la libre entrada y competencia de todo agente interesado en la prestación de servicios públicos. Es decir, el Estado dejó de ser empresario monopólico a ser el ente regulador y controlador que vela para que se cumpla la prestación eficiente y mejora en la calidad de los servicios públicos, lo cual comporta un cambio importante para el sector.

En el año de 1992 se creó la Comisión de Regulación Energética, entidad autónoma e independiente encargada de la regulación del sector, y la Unidad de Planeación Minero-Energética, encargada de suministrar “información sobre la probable evolución de la oferta y la demanda de energía eléctrica, la cual sirve de base a los distintos agentes para la toma de decisiones de inversión y al gobierno para adoptar medidas conducentes a incentivar la instalación de la nueva capacidad de generación”.

Para 1994, se sancionaron las leyes 142 y 143, Ley de Servicios Públicos y Ley Eléctrica respectivamente, que vienen a regular ampliamente el sector. Con la Ley 142, se crearon las Comisiones de Regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo cual resulta muy significativo para el sector, pues aparecen en la escena entes de regulación que devienen a su vez en mayor garantía para la ciudadanía y en alguna medida en orden en la prestación del servicio.

Para esa misma época, nacen empresas como ISAGEN (generadora de energía eléctrica), por un proceso de escisión de ISA (que ahora se ocuparía solo de la transmisión de la energía), surge también de ISA la empresa XM

encargada de operar los sistemas eléctricos. Surge a su vez de la Empresa de Energía de Bogotá EMGESA y CODENSA.

Parte importante del desarrollo eléctrico logrado durante estos años se dio de la mano de la creación y entrada en funcionamiento de grandes proyectos hidroeléctricos, a modo ilustrativo: Chivor en 1982, San Carlos en 1987, Betania en 1987, Guavio en 1992, Urra I en el año 2000, Miel I en el año 2002, El Quimbo en el año 2011, Sogamoso en el año 2015 (Álvarez & Tamayo, 2005).

Todo lo anterior trazó un camino para que, en la actualidad, el sector eléctrico colombiano se base en un esquema de libre mercado abierto a capitales privados y que combina la división de actividades, la participación abierta y la regulación por parte del Estado, lo cual lo hace más paradójico y plural.

Hay que anotar que la producción hidroeléctrica sigue siendo importante, sin embargo, dadas las crisis principalmente ambientales que trae aparejado el sector, el Estado está pretendiendo que Colombia se enrute por las denominadas Fuentes de Energía Renovables No Convencionales, como la Energía Eólica y la Solar.

2.2. Caracterización del sector hidroeléctrico

A efectos del necesario ahondamiento en el sector hidroeléctrico, tenemos una serie de datos que serán planteados grosso modo y con un sentido ilustrativo, así la energía hidroeléctrica es aquella que se logra a partir del aprovechamiento de la energía potencial y cinética de las fuentes hídricas, es decir, cuando el agua se mueve a través de un cauce o cuando se encuentra almacenada o embalsada a cierta altura, que luego se dejar caer para obtener energía eléctrica, ya sea de forma natural o usando una serie de estructuras especialmente diseñadas para ello (UPME, 2015).

Ahora bien, nos encontramos bajo la cuestión de qué es una central hidroeléctrica (CH), sin ahondar en detalles técnicos que no hacen parte del

objeto de estudio, pero enunciando sus características básicas para comprender el espacio donde tiene lugar la práctica que nos ocupa.

En ese sentido una Central Hidroeléctrica puede definirse como: una instalación que permite el aprovechamiento de las masas de agua en movimiento que circulan por los ríos, para transformarlas en energía eléctrica, utilizando turbinas acopladas a generadores. Después de este proceso, el agua se devuelve al río en las condiciones en que se tomó, de modo que se puede volver a usar por otra central situada aguas abajo o para consumo (UPME, 2015. P. 25).

También, se encuentra que dentro de los componentes más importantes de una central hidroeléctrica están:

La Presa: la cual se encarga de contener el agua de un río y almacenarla en un embalse. **La Sala de máquinas:** Construcción donde se sitúan las máquinas (turbinas, alternadores, entre otros) y elementos de regulación y control de la central. **Turbinas:** son elementos que transforman en energía mecánica la energía cinética de una corriente de agua. **Alternador o generador:** es un tipo de generador eléctrico destinado a transformar la energía mecánica en eléctrica.

Conducciones: La alimentación del agua a las turbinas se hace a través de un sistema complejo de canalizaciones.

Igualmente, las centrales hidroeléctricas están asociadas a diferentes tipologías dentro de las que se resalta las centrales de agua fluyente y las de embalse, por ser las más usadas a la hora de generar energía hidroeléctrica, a saber:

Central con embalse o de regulación: se embalsa un volumen considerable de agua mediante la construcción de una o más presas que forman lagos artificiales; el embalse permite regular la cantidad de agua que pasa por las turbinas, con el fin de unificar las variaciones temporales de los caudales afluentes en el río. Las centrales con almacenamiento o regulación exigen, por lo general, una inversión de capital mayor que las de filo de agua, pero facilitan

el incremento de la producción energética, disminuyendo el costo de la energía generada.

Centrales de agua fluyente o a filo de agua: estas se construyen en los lugares en que la energía hidráulica debe emplearse en el instante en que se dispone de ella, para accionar las turbinas hidráulicas. No cuentan con reserva de agua, es decir, no tienen embalse oscilando el caudal suministrado según las estaciones del año. En la temporada de precipitaciones abundantes (de aguas altas), desarrollan su potencia máxima y dejan pasar el agua excedente. Durante la época seca (aguas bajas), la potencia disminuye en función del caudal, llegando a ser casi nulo en algunos ríos en la época del estío.

También se encuentra las **centrales de acumulación por bombeo, y las centrales mareomotrices.**

Así mismo, las centrales hidroeléctricas tienen una clasificación, en Picocentrales, Microcentrales, Minicentrales, Pequeñas Centrales Hidroeléctricas (PCH) y Centrales Hidroeléctricas (CH), destacándose las PCH y las CH, así:

- **Pequeñas centrales Hidroeléctricas (PCH):** Capacidad instalada entre 500 y 20.000kW, operación a filo de agua, aplicable a zonas no interconectadas y zonas interconectadas (sin posibilidad de participar en el despacho eléctrico, menores a 500 kW, y con posibilidad de hacerlo las mayores a 10.000 kW).
- **Centrales hidroeléctricas (CH):** Capacidad instalada mayor de 20 MW, aplicable a zonas interconectadas, con participación obligada en el despacho eléctrico.

Por último, es importante hacer hincapié en el carácter renovable del tipo de energía que acá nos ocupa, en el marco de lo consagrado en el artículo 3 de la Ley 2811 de 1974, se ha entendido que la energía hidroeléctrica es una forma de energía renovable en la medida en que el recurso hídrico gracias a su ciclo

natural puede regenerarse o aprovecharse nuevamente de forma natural o artificial.

Frente a este aspecto, es importante anotar que el agua es un recurso ampliamente disponible en nuestro país, lo cual ha impulsado significativamente la producción de energía hidroeléctrica.

En ese sentido, una publicación del Global Water Partnership (2005) ⁶ indicó que “América del Sur cuenta con tres de las cuencas fluviales más grandes del mundo -Amazonas, Orinoco y Río de la Plata- y con el acuífero Guaraní, uno de los mayores cuerpos de agua subterránea”, de esta información se desprende que las cuencas fluviales del Amazonas y el Orinoco atraviesan el país, resaltando así su gran potencial hídrico y por tanto la potencialidad de este en la materia, y el desafío en que se torna su desarrollo sostenible.

Sumado a esto, el Estudio Nacional de Agua – ENA 2014, señaló que Colombia ha sido reconocida por su abundante oferta hídrica, pero, en términos hidrológicos el territorio nacional no es homogéneo, es decir, de las cinco áreas hidrográficas (Caribe, Magdalena, Orinoco, Amazonas, y el Pacífico) del país albergan sensibles diferencias que repercuten en la vulnerabilidad tanto del sistema natural como de la estructura socioeconómica. Así, en el orden nacional se estima un rendimiento hídrico (o cantidad de agua que fluye por unidad de área) por encima del promedio mundial y del rendimiento latinoamericano (IDEAM, 2010).

2.3. Contexto Internacional

Desde finales del siglo XIX la energía hidráulica se ha empleado para la producción de electricidad en todo el mundo, lo cual ha contribuido significativamente al desarrollo de ejercicios cotidianos más prácticos,

⁶ Resalta también la publicación que “el 26% de los recursos de agua dulce del mundo están en este continente, en donde reside sólo el 6% de la población mundial. Sin embargo, el 23% del territorio está cubierto por zonas áridas y la región continúa experimentando un deterioro de la calidad del agua debido a las altas tasas de deforestación y erosión del suelo, entre otros” ... “Los recursos hídricos en la región amazónica también están en peligro debido a la remoción de la tierra, los incendios forestales y la fragmentación. Para el año 2050 un 30% a 60% de la selva amazónica podría ser abrupta e irreversiblemente sustituido por un tipo de sabana seca, con la consiguiente pérdida en gran escala de medios de vida y biodiversidad...”

ayudados, por ejemplo, por electrodomésticos que funcionan a través de esta energía y que posibilitan lo básico en menor tiempo o esfuerzo (Goyeneche, 1995).

Con el paso del tiempo y la evidente utilidad de esta energía, se busca generarla en mayor medida, razón por la cual entre 1950 y 1986 se construyeron 31.059 presas de más de 15 metros de altura, la mayoría ubicadas en China.

La utilidad de la energía hidroeléctrica se vincula de tal modo a la vida cotidiana de las personas alrededor del mundo, que tan solo tres años más tarde -1989- ya estaban en construcción 45 presas de más de 150 metros de alto, 20 de ellas localizadas en Latinoamérica y 15 en Asia (Goyeneche, 1995).

Por otro lado, se estima que:

En el mundo existen aproximadamente 85.000 represas de diferentes tamaños y destinaciones, de las cuales 300 se consideran “represas mayores” por contar con una altura de presa mayor de 150 metros. De acuerdo con la definición de la ICOLD⁷, para el año 1949 se habían construido alrededor de 5.000 grandes represas en más de 140 países, y según la Comisión Mundial de Represas (CMR), en Sudamérica el mayor número de estas infraestructuras se encuentran en Brasil (casi las dos terceras partes de las 979 existentes), por cuanto, para satisfacer la exigente demanda de su economía, genera más del 93% de su capacidad con energía hidroeléctrica, mientras que para los mismos fines, Perú produce el 74%, Venezuela el 73%, Colombia, y Ecuador el 68%, Chile el 57%, Argentina el 40%, y Paraguay depende casi en su totalidad de la hidrogenación (Osorio, 2003, p. 345).

Progresivamente, el desarrollo de la energía hidroeléctrica continuó su crecimiento, con un estimado de 1.055 GW total en el Mundo. China dominó el mercado añadiendo 21,85 GW de nueva capacidad dentro de sus fronteras. Otros países también lideran el mercado en nuevas implementaciones. Estos países son Malasia (3,34 GW), Canadá (1,72 GW), India (1,20 GW), Turquía (1,35 GW), Brasil (3,31 GW) y Rusia (1,06 GW)”. (International Hydropower Association, 2015) (UPME, 2015)

⁷ La comisión ICOLD – en inglés – fue creada en 1929 para orientar la construcción y operación de presas seguras, eficientes y económicas, y en la actualidad cuenta con aproximadamente 7.000 miembros y comités nacionales en cerca de 82 países, que promueven, al margen de la adopción de rigurosos procedimientos técnicos, la sensibilización de los constructores frente al ambiente”.

Pese a la tajante vinculación de esta energía a las necesidades básicas cotidianas y a la incorporación “natural” de esta a la vida diaria de cientos de seres humanos en todo el mundo, los interrogantes frente a sus efectos siguen en el debate, esto es, aun se generan serías críticas y cuestiones con relación a la sostenibilidad de esta práctica, a su concordancia con el cuidado y uso responsable de los recursos naturales, así como su verdadera equivalencia entre beneficios prácticos, económicos y ambientales.

El Banco Mundial indicó que la hidroenergía es la forma de energía renovable, - la cual se definirá posteriormente- “(...) más utilizada en todo el mundo y representa la quinta parte de la electricidad mundial. Esta ha ayudado en el crecimiento económico en muchos países, como Brasil, Canadá, China, Estados Unidos y Noruega (UPME, 2015) (Banco Mundial, 2014)

Sin embargo, al observar datos como este, atañe nuevamente el cuestionamiento relacionado al desarrollo sostenible, si nos encontramos frente a una práctica que siendo tan protagónica en la electricidad mundial, es a su vez una práctica ajustada a los criterios más relevantes del desarrollo sostenible, esto es, una práctica socialmente inclusiva, ambientalmente sostenible, aplicada a través de buenas decisiones administrativas o de gobierno y económicamente próspera.

Lo que en principio podemos afirmar, conforme el contenido explorado en una etapa introductoria, es que la energía hidroeléctrica se ajusta, en buena medida a ser una práctica económicamente próspera, sin embargo, su inclusión social y sostenibilidad ambiental reiteradamente se ponen en tela de juicio. Y con ello comenzamos una etapa más controversial de la energía hidroeléctrica a nivel global, donde se evalúan los pro y los contra y en el que, por supuesto, se buscan normas que regulen y restrinjan.

En concordancia con lo anterior, un informe de la Comisión Mundial de Presas (WDC), pone de manifiesto que algunas obras donde se construyen presas para la generación de energía hidroeléctrica, han dado lugar a impactos sociales y económicos en el mundo, que suscitan luchas y movimientos que

han ejercido presión para definir normas globales acerca de la gestión del agua y las normas para el estudio de los proyectos de este tipo de obras (UPME, 2015).

Bajo este contexto, los beneficios derivados de las inversiones realizadas en presas empiezan a ser cuestionados y sobre todo ponderados en un margen de costos y beneficios. La oposición a estos proyectos comenzó a crecer, motivada por la investigación y la información respecto a los impactos de las presas sobre la gente, las cuencas y los ecosistemas, así como por los datos sobre sus resultados económicos, hasta llegar a ser un debate global.

Parte de los descontentos de la sociedad civil con este tipo de proyectos, dio lugar a que, en junio de 1994 una coalición de 326 movimientos sociales y ONGs de 44 países del mundo firmaran una declaración conocida como la Declaración de Manibeli, en honor a una de las primeras aldeas tribales que la presa de Sardar Sarovar en el río de Narmada sumergiría, y uno de los lugares de mayor resistencia a la presa⁸. Esta organización criticaba fuertemente el financiamiento del Banco Mundial a estos proyectos, sin establecer los costos reales, incluyendo los directos e indirectos, económicos, ambientales, y sociales, y las ventajas reales observadas en cada proyecto.

Como evidencia del descontento a nivel mundial con este tipo de proyectos, y con ocasión del Congreso Mundial de Energía Hidroeléctrica, que se llevó a cabo el pasado mes de mayo en París, Francia, varias organizaciones alrededor del mundo firmaron una declaración denominada “Las Falsas

⁸ Es un proyecto hidroeléctrico y de irrigación Sardar Sarovar localizado en el río Narmada, Gujarat, India. Desde que se inició la construcción en el año 1961 ha presentado diversos problemas y objeciones. Fue suspendido a finales de los años '60s debido a los desacuerdos sobre el reparto del agua entre los estados del oeste de la India hacia donde fluye río Narmada. La construcción a gran escala de la presa comenzó en 1987 tras la decisión de mutuo acuerdo del Tribunal de Conflictos de Agua de Narmada (NWDT Narmada Water Disputes Tribunal) constituido por el Gobierno de la India en 1969. Posteriormente, a principios de 1990, el proyecto sufrió un revés cuando cobró impulso el Movimiento para Salvar Narmada (Narmada Bachao Andolan / NBA), objetando el desplazamiento y el reasentamiento de la población, que moraba cerca del sitio de la presa. En respuesta a un escrito presentado por la NBA, el máximo tribunal de la India detuvo la construcción de la presa en 1995, cuando la altura del dique en edificación alcanzaba ya los 80.3 metros.

Promesas de la Energía Hidroeléctrica”, en la que expresan con claridad su desazón con estos.⁹

En este documento, se dice que, se ha “intentado retratar las enormes represas hidroeléctricas como fuentes de energía “limpias y verdes”, pero que son retratos luminosos de los proyectos hidroeléctricos, con miras a captar incentivos financieros a través de mecanismos como Climate Bonds y el Fondo Verde del Clima, que ignoran convenientemente un legado extenso de catástrofes sociales y ambientales, pérdidas económicas y, con demasiada frecuencia, esquemas de corrupción masiva que son la antítesis del desarrollo verdaderamente sostenible.

El documento, funda su afirmación en hechos como que, la energía hidroeléctrica se ha convertido en la opción de energía no fósil menos confiable, especialmente en un contexto de cambio climático, dado que, en los últimos 50 años su instalación ha disminuido en un 50%. Aducen que, las decisiones políticas suelen basarse en estudios de los niveles de cuenca encargados a compañías constructoras privadas y estatales, que ven el potencial de generación de energía hidroeléctrica como casi que el único criterio, sin observar o minimizando los impactos sociales y ambientales que esta produce, es decir, se pone en duda la falta de un criterio neutral en estos trabajos. Se hace referencia también, a las evaluaciones de impacto ambiental diciendo que, son casi siempre conducidos o financiados por los promotores de las represas, los cuales desestiman los impactos sociales y ambientales, dando prevalencia al factor económico.

En suma, se cuestiona la falta un criterio riguroso para medir y estimar los impactos a raíz de estos proyectos. Pero el descontento, no solo se ciñe a los impactos económicos y ambientales, se hace una importante mención a impactos sociales ligados a la participación ciudadana, en tanto se habla de ausencia de procesos de consulta y consentimiento previo, libre e informado en las comunidades indígenas, que para el caso colombiano incluye en general

⁹ Esta declaración fue firmada por organizaciones de mas de 100 países, entre las cuales está la Fundación Entropika de Colombia.

las comunidades que concurren en la zona de influencia del proyecto a ejecutarse. Con igual relevancia, se advierte a su paso que la corrupción, entre otros inconvenientes no dan cuenta de un sector que apunte por la sostenibilidad.

Al lado de tales hechos, la declaración hace un llamado a la acción con carácter urgente. Se pide entre otras cosas, alejar **las prioridades, inversiones e incentivos financieros de nuevos proyectos hidroeléctricos** y, en cambio, dirigir estas hacia opciones de eficiencia energética y de energía renovable verdaderamente sostenibles (solar, eólica y biomasa y, cuando sea apropiado, energía microhidroeléctrica). Es una iniciativa que se ha ido introduciendo en el país con las denominadas fuentes de energía renovables no convencionales – FNRNC, pero que contrario a lo enunciado no se decantan en principio por una minimización en el uso de la energía hidroeléctrica, hasta llegar a tal punto micro.

Al lado de estas acciones, se plantea el eliminar incentivos financieros para nuevos proyectos hidroeléctricos por parte de los mecanismos de cambio climático, como el Fondo Verde del Clima y las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDCs, por sus siglas en inglés), y de los programas para promover la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (con una posible excepción para los proyectos microhidroeléctricos). Esta iniciativa, trasladada al caso colombiano, podría concentrarse en restringir los incentivos tributarios que se otorgan a la inversión en proyectos de fuentes no convencionales de energía estipulados en la Ley 1715 de 2014, entre los cuales se hallan incentivos tributarios y arancelarios (Congreso de la República, ley 1715).

Se sugiere entonces, alinear los procesos operativos de los proyectos hidroeléctricos existentes con planes territoriales relevantes a nivel de la cuenca, como la gestión integrada de los recursos hídricos y áreas protegidas que preservan procesos ecológicos claves y los derechos de las comunidades locales, según conceptos y herramientas de participación y manejo adaptativo, o que tanto las compañías de energía como los gobiernos deben detener todo

esfuerzo para represar los últimos ríos libres del mundo¹⁰ esto es, no ejecutar más este tipo de proyectos.

Se recomienda en cambio, concentrarse en: i) mejorar la eficiencia y la sostenibilidad de los proyectos existentes de energía hidroeléctrica y de cascadas; y ii) invertir en eficiencia energética y en fuentes renovables verdaderamente sostenibles. Así, en Colombia podría pensarse en inversión en tecnología, ciencia e innovación para lograr eficiencia y sostenibilidad en los proyectos actuales, sobre todo en aquellos que han provocado en el país opiniones divididas, caso Hidroituango e hidroeléctrica el Quimbo, por los impactos generados.

2.4. Contexto nacional del sector hidroeléctrico.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991,¹¹ la prestación de los servicios públicos se sitúa en un escenario muy importante como es las finalidades del Estado. Con estos se pretende satisfacer las necesidades básicas de la población colombiana y con su consagración constitucional brindar garantía y mecanismos idóneos para su promoción y efectivo goce.

Pero lo anterior no es lo único que la carta política del 91 hace por la ciudadanía en términos garantistas con relación a los servicios públicos,

¹⁰ De acuerdo, con la página de la WWF, en un comunicado, muestra datos de un nuevo estudio publicado en la revista científica Nature: “*Mapping the World’s Free-Flowing Rivers*”. Estos datos dicen que, solo un tercio (37%) de los 246 ríos más largos del mundo siguen fluyendo libres; que solo **21 de los 91 ríos del mundo con más de mil kilómetros de longitud y que originalmente fluían al mar aún conservan una conexión directa** desde el nacimiento hasta su desembocadura al mar. Los ríos que fluyen libremente y que aún quedan en el planeta se limitan en gran medida a remotas regiones del Ártico, la cuenca del Amazonas y la cuenca del Congo, o que las represas y embalses son los principales contribuyentes a la pérdida de conectividad de los ríos. El estudio estima que existen alrededor de 60,000 grandes represas a nivel mundial y más de 3,700 represas hidroeléctricas están actualmente planificadas o en construcción. Generalmente se planifican y construyen a nivel de proyectos individuales, por lo que es difícil evaluar el impacto real en toda una cuenca o región. Publicación denominada

¹¹ **“ARTICULO 365. PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

también lo hace cuando establece que en la prestación de estos, el Estado debe aparecer como principal garante, de forma directa o indirecta, lo cual da lugar a la participación de comunidades organizadas, y/o particulares autorizados por el Estado.

Tales garantías y regulación expresa, resultan importantes para evitar que se continúe la construcción de plantas, sin mediar instrumentos que manejen el impacto ambiental derivado, pues la adquisición por parte de las entidades territoriales, de la gran mayoría de infraestructura de nuevas plantas generadoras, se daba en forma de libre acceso al ejercicio de una actividad que constituía monopolio del Estado.

Así las cosas, con la novedad constitucional de la injerencia privada, se buscaría la desmonopolización Estatal y con esta una prestación de calidad y más eficaz, así como la mayor cobertura y estimulación a la inversión de los particulares en los servicios públicos, la libre competencia, la prestación continua e ininterrumpida, salvo excepciones de ley, y en general una prestación que permitiera dar cumplimiento a los fines del nuevo Estado Social de Derecho.

No obstante, se estipuló que el Estado seguiría ostentando la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, así fueran prestados por entes particulares. En esa medida, tuvo lugar la creación de las leyes 142 y 143 de 1994, siendo esta última la que regula propiamente el sector (Congreso de la República Ley 142 y Ley 143)

Vale la pena mencionar, que estas no son las normas pioneras del sector como se dejó ver en el recuento histórico, normas a las que se suma el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, que en sus artículos 19 y siguientes enuncia disposiciones para promover, fomentar, encauzar y hacer obligatorio el estudio, construcción y funcionamiento de obras hidráulicas para cualquiera de los usos de los recursos hídricos y para su defensa y conservación, así como la exigencia de las concesiones o la propuesta de asociación, para las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que deseen generar energía hidráulica, cinética o eléctrica conforme al art 170 (Osorio, 2003).

Es importante anotar que el sector encuentra pilares fundamentales en este precepto normativo, esto es el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, así como en la Ley 143 de 1994, en la cual se establece una serie de actividades para el desarrollo del sector, descritas en el artículo 1, a saber: generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

Adicionalmente, en su artículo 5 -Ley 143 de 1994- se estipula que tales actividades están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública. Luego, en su artículo 6 hace alusión a los principios que deben guiar las actividades relacionadas con el servicio de electricidad, estos son: calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

Los anteriores principios suponen múltiples ventajas, como es la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico; un tratamiento igual para los usuarios, sin discriminaciones diferentes a las derivadas de su condición social o de las condiciones y características técnicas de la prestación del servicio; un accionar del Estado que deberá propender por alcanzar una cobertura equilibrada y adecuada en los servicios de energía en las diferentes regiones y sectores del país, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de toda la población. Todo ello, posiciona la Ley 143 de 1994 como una herramienta útil que lleva a repensar el alcance de las piezas normativas que regulan en un sentido u otro el sector, y que terminan por caracterizar nuestro contexto desde el deber ser.

Pese a todo lo anterior, aun se requiere invertir de forma significativa para lograr una universalización del servicio de energía eléctrica, y consecuentemente una garantía de vida digna en cuanto la prestación de servicios públicos. Así las cosas, *el Plan Indicativo de Expansión de Cobertura de Energía Eléctrica para los años 2013 - 2017*¹² “estimó el valor total que se debería invertir de forma necesaria para lograr la universalización del servicio

¹² Realizado por la UPME http://www1.upme.gov.co/Documents/Libro_PIEC.pdf.

de energía eléctrica en el país, es decir, para atender 470.244 viviendas sin servicio (VSS) a diciembre de 2012. Indica el informe que, del total de viviendas sin servicio, cerca del 88% son susceptibles de interconectarse al SIN (Sistema Interconectado Nacional), es decir 414.435 VSS, mientras que 55.809 VSS que equivalen al 12% aproximadamente, no serían susceptibles de interconexión de acuerdo, por lo que debería optarse por la alternativa evaluada de solución aislada, esto es, generación con plantas diésel”.

En esa línea, el estudio indica que “la inversión total requerida para la universalización del servicio sería de \$4´318.858 millones de pesos, distribuidos en \$3´832.896 millones para atender las Viviendas Sin Servicio, que serían interconectables y \$485.962 millones de pesos. De igual manera, se pone de presente que, para obtener la universalización del servicio en el año 2017, se requería una inversión privada en infraestructura eléctrica por parte de los operadores de red de \$463.603 millones de pesos para atender las 80.268 VSS interconectables”.

Sin embargo, el sector cuenta con un amplio aparato institucional creado en el marco de la facultad de regulación, control y vigilancia de dichos servicios, que debe ejercer el Estado, así:

- **DIRECCIÓN Y POLÍTICA:** Ministerio de Minas y Energía – MINMINAS.
- **PLANEACIÓN:** Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, y el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para la Zonas No Interconectadas - IPSE
- **REGULACIÓN:** Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.
- **VIGILANCIA:** Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SUPERSERVICIOS.
- **OPERACIÓN DEL SISTEMA Y ADMINISTRACIÓN DEL MERCADO:** XM los Expertos en Mercado – XM.

Así las cosas, el sector energético colombiano cuenta con un amplio esquema estatal y regulación normativa, pese a lo cual, debe seguirse trabajando en los grandes retos que suscita, sobre todo en temas de universalización y calidad.

Adicionalmente, hay decir que todo este trabajo de regulación apunta a un criterio importante que hace de esta práctica una práctica sostenible y es el sometimiento de esta a una buena gobernanza, o lo que es igual a decisiones reglamentarias pensadas y adecuadas para el efectivo direccionamiento de la misma.

Con todo lo anterior, es importante entender el sector hidroenergético en Colombia teniendo en cuenta dos aspectos, de un lado, el país posee otras fuentes de producción de energía eléctrica diferente a la hidráulica, encontrando así la producción de energía térmica, sumado al hecho de que Colombia está apuntando a ampliar su oferta eléctrica para lo cual está incursionando en las denominadas Fuentes de Energía Renovables No Convencionales- FNRNC que se dirigen a mostrar y explotar un nuevo potencial energético en el país basado en la producción de energía eólica, energía solar, energía de la biomasa y energía geotérmica.

De otro lado, el panorama actual del sector hidroeléctrico es quizá muy reducido y su desarrollo ha sido modesto, muestra de ello las consultas populares en Colombia, estas han centrado sus cuestiones en el sector minero colombiano seguido del sector hidrocarburos y finalmente del sector hidroeléctrico y así mismo lo ha hecho la jurisprudencia que ha determinado sus alcances, lo que indica una latente necesidad de conocer y desarrollar el sector para entender el contexto del mismo, junto con los detalles que configuran sus retos y tensiones.

Ahora bien, una vez pudimos dilucidar lo que es la energía hidroeléctrica y como está planteada en el territorio colombiano, cabe hablar de su demanda para completar la ilustración de su contexto. Así, según un informe de XM para el año 2018, mostro que se presentó un crecimiento en la demanda de energía en junio de 2018 de un 3.9% con respecto al mismo mes en el año 2017 (en el cual hubo un crecimiento de 2.2%), ubicándose ligeramente por encima del escenario denominado como Medio por la Unidad de Planeación Minero Energética, UPME, el informe también hizo la comparación para el mes de junio donde la demanda fue de 5,697 GWh, mientras que en el mismo mes en

el año 2017 fue de 5,493 GWh; al respecto es importante tener en cuenta que los crecimientos de la demanda de energía se calcularon haciendo un promedio ponderado de los crecimientos en diferentes tipos de días (comerciales, sábados, domingos y festivos) (UPME, 2005).

Adicionalmente, el análisis del informe por regiones, apuntó a que en todas se presentó crecimiento de demanda con respecto a junio de 2017, se tuvo que en la Costa Atlántica fue de 6.8%, en el Guaviare de 6.2%, en el Valle de 4.2%, THC (Tolima, Huila, Caquetá) de 3.3%, en el Chocó de 2.4%, en el Oriente de 2.3%, en el Sur de 2.3%, en Antioquia de 2.2%, en el Centro de 2.2% y en CQP (Caldas, Quindío, Pereira) de 2.1% .

Entre otras cosas, es importante mencionar que el país cuenta actualmente con 23 embalses ubicados en las regiones de Antioquia, Caribe, Centro, Oriente y Valle, además de hallarse dos centrales hidroeléctricas en construcción: Ituango y Porvenir II. Puesto de manifiesto el contexto anterior, se evidencia en el país un gran potencial hídrico, potencial que ha sido aprovechado para la producción de energía hidroeléctrica, sin embargo, es claro que actualmente el sector enfrenta grandes retos ligados a la visión energética del país con las denominadas Fuentes Naturales Renovable No Convencionales, la consulta popular y los planteamientos que trae aparejado el desarrollo sostenible, en aras de generar un equilibrio en la relación hombre y naturaleza.

2.5 Impactos transversales del sector hidroeléctrico

Casi todas las actuaciones humanas comportan una disyuntiva o una situación de costos y beneficios, que obliga a los seres humanos a utilizar la razón y ponderar unas y otras para tomar decisiones asertivas que maximicen su bienestar, por supuesto cuando hablamos de la práctica que ha convocado la presente monografía, esto es, la energía hidroeléctrica, no exceptuamos lo anterior, sino por el contrario establecemos esta como una práctica controversial, que ha suscitado múltiples debates en torno a los pro y los contra de la generación de energía hidroeléctrica, los beneficios prácticos de una

central hidroeléctrica y las desventajas ambientales de la misma. En este acápite daremos lugar al análisis de diferentes impactos, para ello empezamos con un fragmento del texto “Derecho de aguas”, así:

El hombre, desde tiempos inmemoriales, ha dispuesto el almacenamiento del agua para diferentes fines, bien sea para el uso agrícola mediante sistemas de riego, acueductos para atender las necesidades de una población cuya tendencia universal es su concentración en grandes urbes, para la transformación de materias primas en diversos procesos industriales, o para la producción de energía, pero solo en los últimos tiempos se ejerce una considerable presión cuando se proyecta la construcción de una represa, por los diversos impactos que pueden llegar a afectar de manera grave al ambiente. Sin embargo, otras opiniones se centran en los beneficios que se pueden derivar de la construcción de represas destinadas a la generación de energía eléctrica en los sitios donde se construyen este tipo de obras destinadas entre otras cosas a la satisfacción de necesidades básicas de la población (Osorio, 2003, p. 345)

Lo primero que debemos poner de presente, es que estos proyectos, a todas luces, comportan una magnitud considerable en cuanto a impactos ambientales y ello se puede deducir desde el momento en que el legislador prevé la obligatoriedad de las licencias ambientales, conforme a lo establecido en el artículo 49 de la Ley 99 de 1993:

“DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA LICENCIA AMBIENTAL. La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la Ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental”. Se estipulo además que la “Construcción de presas, represas o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada, así como el tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica y proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes”. (Subrayado fuera del texto).

El ordenamiento jurídico desde la concepción del Decreto 2811 de 1974, en sus artículos 27 y 28¹³ derogados por la Ley 99 de 1993, quiso regular estos impactos estableciendo la denominada “Declaración de Efecto Ambiental” como una forma de velar por la protección y conservación del medio ambiente en armonía con el desarrollo de este tipo de proyectos, lo cual denota per se un impacto ambiental sobre los territorios que sirven de escenario ante la generación de energía hidroeléctrica.

Así mismo estos proyectos, conforme el Decreto 2820 de 2010 en su artículo 1, deben contar con un “**Plan de Manejo Ambiental**, que viene a ser el conjunto detallado de medidas y actividades que, producto de una evaluación ambiental, están orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales debidamente identificados, que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los planes de seguimiento, monitoreo, contingencia, y abandono según la naturaleza del proyecto, obra o actividad. El Plan de Manejo Ambiental podrá hacer parte del Estudio de Impacto Ambiental o como instrumento de manejo y control para proyectos obras o actividades que se encuentran amparados por un régimen de transición”, tales planes de manejo ambiental se incluyen en los estudios de impacto ambiental previos al otorgamiento de la respectiva licencia ambiental.

Ahondando un poco en lo que concierne a este acápite, utilizaremos un informe de la Defensoría del Pueblo colombiana denominado “Impactos Socioambientales y Posible Afectación de Derechos Derivada de la Generación Hidroeléctrica en Colombia”,¹⁴ para dilucidar los impactos socioambientales producidos por las centrales hidroeléctricas del país.

¹³ **Artículo 27.-** Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que proyecte realizar o realice cualquier obra o actividad susceptible de producir deterioro ambiental, está obligada a declarar el peligro presumible que sea consecuencia de la obra o actividad. **Artículo 28.-** Para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, será necesario el estudio ecológico y ambiental previo y, además, obtener licencia. En dicho estudio se tendrán en cuenta, aparte de los factores físicos, los de orden económico y social, para determinar la incidencia que la ejecución de las obras mencionadas pueda tener sobre la región. Modificación:

¹⁴ Informe “IMPACTOS SOCIOAMBIENTALES Y POSIBLE AFECTACIÓN DE DERECHOS DERIVADA DE LA GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA EN COLOMBIA”. Autor: Defensoría del Pueblo. Año 2017. Págs. 66 -76.

En cuanto a los aspectos **físico-bióticos**, se habla de impactos producidos por el **aprovechamiento forestal**, dentro de los que se destaca:

Desaparición de bosques naturales o relictos de bosques, ya que, los embalses suelen ocupar grandes áreas de bosque. Se genera también **alteración de los ecosistemas**, es decir, de su dinámica natural ya sea por el fraccionamiento, división y aislamiento, la ruptura o interferencia de los corredores biológicos y la consecuente afectación de nichos ecológicos, donde las especies centran sus distintas actividades. Algunos proyectos en aras de recuperar algunas afectaciones a los ecosistemas naturales llevan a cabo una restauración ecológica con el objeto de restablecer las conexiones y corredores biológicos que fueron afectados.

Así mismo, se da **aumento del riesgo sobre especies con algún grado de amenaza**, teniendo en cuenta que en varios de estos proyectos se han identificado especies vegetales que están clasificadas como endémicas o con algún tipo de amenaza y que han sido afectadas para dar paso al embalse. Sin embargo, suele mitigarse el impacto a través de la reposición de bosque natural, haciendo énfasis en las especies vegetales que presentan amenaza.

En cuanto a los **Impactos sobre la fauna terrestre**, el informe señala los siguientes:

Pérdida de hábitat, debido al reemplazo de zonas boscosas por el embalse, lo cual afecta la fauna terrestre obligando al desplazamiento de los distintos individuos a otras zonas. Indica el informe, que los embalses alteran la relación entre los ecosistemas y por consiguiente, el comportamiento de las especies que en ellos habitan. Además, se irrumpen los corredores de movilidad, se confinan algunas especies y se aíslan poblaciones. Igualmente, se **incrementa riesgo sobre especies con algún grado de amenaza**, por las alteraciones de los ecosistemas causadas por el embalse se incrementa el riesgo de las especies de fauna que presentan algún tipo de amenaza.¹⁵ Al respecto, se

¹⁵ El informe pone como ejemplos que, para la zona de influencia del proyecto Porce 4, de un total de 129 especies registradas, tres se encuentran en 'peligro crítico', 15 se encuentran clasificadas como

indica que la medida de manejo ambiental frente a este tipo impactos se ha centrado en la restauración ecológica de las áreas naturales perdidas, pero previo a ello, durante el llenado del embalse, se hace un intento de ahuyentamiento, rescate y traslado de las distintas especies. Se resalta que no todas las especies responden a estos procesos.

En cuanto a los impactos que configuran **Alteración de la dinámica hidráulica**, se reflejan, por ejemplo:

La **creación de ecosistemas lénticos**, en la medida en que, el vaso del embalse convierte al río en un cuerpo de agua que presenta condiciones muy parecidas a un ecosistema léntico, como un lago, aunque hay movimiento del agua por el recambio que causa la generación, el gran volumen del embalse le confiere esas características. Este cambio en la dinámica del agua tiene incidencia directa en el comportamiento de las especies que deben adaptarse a estas nuevas condiciones, lo que por ejemplo, puede llevar a que disminuya la reproductividad de las especies nativas del río, generando escenarios propicios para el aumento de especies exóticas.

A su vez, tienen lugar **cambios en el comportamiento natural de la cuenca**, que se origina por la construcción del embalse y la presa, lo que conduce a que cambie la dinámica y el comportamiento del río aguas abajo, además de obedecer a la forma de operación de la central, a los desembalses y las regulaciones que allí se hagan. Algunos proyectos suelen mitigar este impacto con en la entrada paulatina de cada turbina para generar energía; disminuyendo la generación de manera progresiva, para evitar crecidas y bajadas súbitas en los niveles de los ríos aguas abajo del embalse, y evitar a su paso inundaciones. Se crea también, **disminución o secamiento de las aguas superficiales**, que suele darse durante la construcción de los túneles, presentando alteraciones al recurso hídrico superficial y subterráneo.

vulnerables, 12 'en peligro', nueve hacen parte del grupo de especies casi amenazadas y cuatro no cuentan con datos suficientes. En Hidroituango se reportaron 111 especies, de las cuales dos se encuentran en 'peligro crítico', siete en estado de vulnerabilidad, seis catalogadas como 'en peligro', seis catalogados como 'casi amenazadas' y dos especies sin datos suficientes. En el Quimbo, de un reporte de 21 especies, de acuerdo con la Unión Internacional de Conservación Natural – UICN, una se encuentra clasificada como vulnerable y cuatro especies endémicas. Cita 106, pág. 67.

Además, pone de manifiesto el informe, que también se dan **cambios en la calidad del agua**, en la medida en la que se produce emisión **de olores ofensivos**, puesto que no toda la materia orgánica es retirada comenzando así, el proceso natural de descomposición al interior del embalse. Como medida de manejo al respecto, se suele retirar el material vegetal del vaso antes de su llenado. Es probable que en determinados casos sea una medida efectiva para reducir estos problemas, pero ello depende de la calidad del agua de la cuenca aportante que pueden traer incluso más materia orgánica de la que se retira. Así mismo, se habla de **afectaciones al recurso íctico**, en tanto se produce **mortandad de peces** por aspectos como la desviación del río, el cambio físico del flujo del agua al pasar por los túneles de desviación, el llenado del embalse, la descomposición de la materia orgánica en el vaso del embalse y la consecuente disminución del oxígeno disuelto en el agua. Pese a medidas de manejo ambiental para el traslado y repoblamiento de las especies ícticas, no hay garantía para la recuperación de este recurso¹⁶.

Sumado a estos impactos están los **cambios de las condiciones naturales**, puesto que las especies ícticas deben adaptarse a las nuevas características de la cuenca hidrográfica. Se registran otro tipo de impactos como alteración de los nichos ecológicos; aumento de la presión sobre sitios productivos y desconocimiento del inventario real de las especies.

En términos de **impactos sociales**, se da cuenta de los **reasantamientos** a la población, que pueden ser individuales o colectivos, dependiendo del querer de las familias y que estos van ligados a cuestiones como la pérdida de la relación con el paisaje y el entorno, el proceso de recuperación del tejido social, la activación de las unidades productivas, entre otras situaciones que son de difícil tratamiento pese a ir acompañadas de medidas como la reactivación

¹⁶ El informe pone como ejemplo lo sucedido en la central hidroeléctrica Sogamoso, en la cual, a pocos días de iniciar la etapa de llenado del embalse, se interrumpió el flujo de agua y se afectó el caudal ecológico, causando mortandad de peces. Situación vista en recientes días tras el suceso acaecido en la central hidroeléctrica Ituango, donde también se observó una mortandad importante de peces. Enuncia además, que el repoblamiento íctico de embalses aún no tiene lineamientos claros para realizar la actividad en el contexto de la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Pág 71.

económica y apoyo psicosocial. Es importante mencionar, que los procesos de reasentamiento que se han llevado a cabo hasta el momento han seguido los lineamientos del Banco Mundial, ya que tampoco hay normatividad en tal sentido en el país.

Igualmente, suele darse **cambios en los usos del suelo, en tanto** el cuerpo de agua del embalse reemplaza todas las coberturas del suelo que inunda, verbigracia remanentes de bosques naturales, praderas, pastizales, cultivos e infraestructura, los cuales desaparecen y son reemplazadas por un lago artificial, cuya función principal es la generación de energía eléctrica, derivándose en algunos casos en otros usos como la producción piscícola y el ecoturismo. Además de esto, se ocasiona **desaparición de zonas de importancia agrícola**, al cambiar los usos del suelo.

Vinculado al hecho de que estos proyectos cambian las dinámicas socioeconómicas de tales zonas, es cierto, que estos pueden ser creadores de **nuevas fuentes de empleo** en relación con las tradiciones vinculadas a la explotación del campo.

Así, estos proyectos suelen provisionar empleos en la etapa de construcción de los mismos. Además de ello, pasan a ser fuentes de turismo en dichas zonas de influencia.¹⁷ Es innegable como se ha venido ilustrando que se suscitan problemas, en tanto suelen ser zonas dedicadas a la agricultura, la pesca y la minería, actividades que se han desarrollado por años, principalmente para la subsistencia de estas poblaciones, y que con la llegada de estos proyectos como se mencionó, resultan afectados atendiendo por ejemplo a las importantes pérdidas de cobertura vegetal para desarrollar estas actividades.

¹⁷ A modo de ejemplo, en la región de Antioquia el embalse Guatapé es un gran atractivo turístico para nacionales y extranjeros desde hace muchos años, dado el impacto turístico en el año 2017, el Ministro de Transporte, Jorge Eduardo Rojas, anunció la posible creación de una nueva provincia turística en la zona de influencia del embalse Peñol – Guatapé que beneficiaría a otros municipios aledaños¹⁷. Otro ejemplo es el embalse Topocoro en el departamento de Santander, el cual ha hecho que se impulse fuertemente el turismo en la zona, así, a mediados de 2017 la Gobernación de Santander, a través de su Instituto Departamental de Recreación y Deportes (Indersantander), impulsó la realización de la primera válida nacional de Optimist, un deporte acuático en el que los botes son impulsados por velas de viento, además de considerarse un santuario ecológico para el departamento de Santander. Entre otros ejemplos como el embalse del Prado en Tolima, el Embalse Sogamoso en Santander, el embalse Betania en el Huila, embalse Piedras Blancas en Antioquia, que denotan el potencial turístico que se genera en las zonas de influencia de tales Centrales.

Así las cosas, lo anterior nos deja ver un panorama con relación a los efectos transversales comprobados, y de otro lado, se tiene otra serie de impactos posibles más no comprobados que van conectados a lo que el informe denomina **impactos no esperados**, como por ejemplo la producción de **cambios en el clima local**. Sin embargo, es un asunto que no está comprobado técnicamente, y que da lugar a debates al respecto.

Se habla así mismo, **de incremento de las enfermedades y plagas de los cultivos**, que al igual que el anterior es un impacto que tampoco está determinado y por consiguiente no hay medidas de manejo preestablecidas en los planes de manejo ambiental. Se hace alusión a este fenómeno en atención a la información suministrada por las comunidades que denuncian que los embalses alteran el microclima y provocan la aparición e incremento de las enfermedades a los cultivos.

Hasta el momento, parece ser que pese a la relevancia que ha tenido para el desarrollo del país la producción de la energía hidroeléctrica, son más los impactos negativos que ocasionan en el área de influencia donde se desarrollan. Lo cual, es contrario a los objetivos de desarrollo sostenible ilustrados. Lo cierto es, que la producción de este tipo de energía trae aparejado otro tipo de impactos, que no solo generan afectación a la esfera ambiental.

Tal como se evidenció, son diversos los impactos, si se quiere negativos, que se causan en las áreas de influencias de estos proyectos, no debe dejarse de lado que es una **fuentes de energía renovable**, en la medida que el agua es considerada un recurso natural renovable y gracias a su ciclo natural retorna en diferentes estados a la naturaleza. Aunque para la generación de energía suele embalsarse el agua, esto no quiere decir que el agua no retorne, una vez es aprovechada para la generación de energía.

De otro lado, si bien el informe de la Defensoría ilustra posibles afectaciones climáticas, por su parte el “INVENTARIO NACIONAL Y DEPARTAMENTAL DE

GASES EFECTO INVERNADERO – COLOMBIA”, realizado por el IDEAM¹⁸, (sin ser contradictorio, teniendo en cuenta que algunos de los impactos anteriormente enunciados no cuentan con sustento que permita su comprobación efectiva), indicó que de los diferentes sectores analizados **el total de emisiones fue de 258,8 Mton CO 2 eqel**, el sector minero energético representa el 10% del total de dichas emisiones, y que el sector Hidroeléctrico del país, denominado dentro de la categoría de otros junto con (industria petroquímica, uso de SF 6 en generación eléctrica) representan un 0,3% de emisiones dentro de dicho porcentaje del 10% y del total general de emisiones.

En consonancia con el texto de Osorio Sierra, pueden deducirse otro tipo de impactos quizás de tipo económico, como los ligados a las denominadas **transferencias del sector eléctrico** establecidas en el artículo 45 de la Ley 99 de 1992, el cual estipula que “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”, transferencias que serán repartidas de acuerdo con unos porcentajes estipulados en el artículo a las Corporaciones Autónomas Regionales o a los Parques Nacionales Naturales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el área de influencia del proyecto y para los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica.

Estos recursos han de ser destinados básicamente para obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; para la conservación de páramos, y en general para la protección del medio ambiente de las zonas de influencia de las centrales hidroeléctricas.

¹⁸ Informe “INVENTARIO NACIONAL Y DEPARTAMENTAL DE GASES EFECTO INVERNADERO – COLOMBIA” 3 era comunicación nacional de cambio Climático. Resultados año 2012. Autor: IDEAM y otros. Capítulo 2 Pág 28. Tomado de <http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023634/INGEI.pdf>

También, se vincula a lo estipulado en el artículo 43 de la mencionada Ley 99 de 1992, las “**TASAS POR UTILIZACIÓN DE AGUAS**”, las cuales son cobradas a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, por la utilización de aguas, además de ello se cobra a “todo proyecto que requiera licencia ambiental y 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, deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión” del proyecto.

Estos recursos, de acuerdo con la misma ley, deberán ser invertidos para el pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos; para la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, sumado a esto, el beneficiario de la licencia ambiental deberá invertir estos recursos en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la respectiva cuenca hidrográfica.

Se desprende entonces que, tales acciones de conservación y protección no serán solo por acciones derivadas de la construcción de tales proyectos, si no en general por actividades que puedan incidir negativamente en las cuencas hídricas de influencia de estos.

Pese a lo descrito, no hay garantía absoluta que los recursos que llegan a los municipios y entidades competentes a raíz de las transferencias de ley sean destinados con fines de conservación y protección del medio ambiente, toda vez que la realidad ha mostrado la dificultad cultural y consecencialmente económica que afronta nuestro país con relación a la corrupción y la mala destinación de los recursos públicos (UPME, 2016).

Osorio Sierra, también refleja un impacto relacionado a la **protección del patrimonio arqueológico de la Nación**, en tanto la inundación permanente de grandes extensiones de tierra para la construcción de los embalses, trae consigo un riesgo adicional frente al patrimonio cultural del país, por cuanto el territorio nacional está considerado como un área de potencial riqueza

arqueológica de acuerdo con el Decreto 833 de 2002. En esa medida, los estudios arqueológicos relacionados con los grandes proyectos y de manera especial las grandes centrales hidroeléctricas, se enmarcan en lo que se denomina “arqueología de rescate” o “arqueología preventiva” para evitar así, la pérdida de bienes cuyo valor resulta incalculable.

De otro modo, atendiendo a lo mencionado sobre la apuesta colombiana por las fuentes naturales renovables no convencionales, se vislumbra una disminución de la dependencia del recurso hídrico para la matriz energética del país a largo plazo, así lo indica el estudio para la Integración de las Energías Renovables No Convencionales en Colombia: “La alta dependencia de Colombia en sus recursos hidroeléctricos pone al país en riesgo periódico de escasez y altos precios de la energía, como fue evidenciado en la crisis energética generada por el fenómeno de El Niño en los años 1992 y 1993 o más recientemente en los altos precios de energía experimentados en 2009, 2010, 2013 y 2014. Más aún, análisis recientes han pronosticado que la vulnerabilidad a las sequías crecerá significativamente en Colombia debido al cambio climático (CorpoEma, 2010a; 2010c)”.

Finalmente, no debe olvidarse que nuestro país actualmente está viviendo las consecuencias que pueden generarse a raíz de un proyecto hidroeléctrico, pero no ha sido la primera vez que se ha enfrentado a importantes afectaciones por estos, verbigracia:

Proyecto hidroeléctrico Ituango: desarrollado en el departamento de Antioquia, en el río Cauca por la Empresa de Servicios Públicos de Medellín – EPM, se anunció como el proyecto hidroeléctrico más grande del país, el cual, iba a proveer un 17% de energía al país ¹⁹. Sin embargo, derrumbes ocasionados en los túneles del proyecto dio lugar a una emergencia socio ambiental, en la que personas de los municipios aledaños al río Cauca, tuvieron

¹⁹ Reporte de prensa sobre “Hidroeléctrica de Ituango: beneficios y consecuencias”. Diario virtual LAS DOS ORILLAS. Escrito por Alejandra Echavarría Giraldo. Fecha: **junio 30, 2017**. Tomado de: <https://www.las2orillas.co/hidroelectrica-ituango-beneficios-consecuencias/>.

que ser evacuados, ante la posibilidad de una avalancha, que pudiera significar un mal mayor.

De otro lado, el río fue afectado de forma significativa, ya que el cierre de compuertas del proyecto hidroeléctrico ocasionó una disminución importante en el caudal del río Cauca. Frente a este hecho, se han reportado por la prensa nacional que han muerto más de 6.000 peces, situación que afecta la pesca como fuente de trabajo y supervivencia de las poblaciones que dependen fuertemente del río. Lo cierto es que, es un escenario que demanda un análisis de la forma en cómo se desarrollan este tipo de proyectos en el país, pero que no será abordado en el presente trabajo (Las Dos Orillas, 2017).

Central Hidroeléctrica el Quimbo: desarrollado en el departamento del Huila, por la empresa Emgesa, con una potencia instalada de 420 MW. H. fue cuestionado desde su inicio, en tanto fragmento de la población huilense, así como su exgobernador Carlos Mauricio Iriarte consideraba que “no valía la pena la inundación de más de 8 mil hectáreas de tierras altamente productivas de vocación agrícola y ganadera en un ecosistema seco del que hoy sólo queda el 9% en todo el territorio nacional. Pese a que entró en funcionamiento a finales del año 2015, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del acto administrativo que permitió el funcionamiento de esta²⁰.

Entre las afectaciones generadas por la central, se halla la afectación a raíz del aprovechamiento forestal, en tanto había especies con veda de aprovechamiento. Otros impactos se asociaron a mortandad de peces dada la disminución del caudal del río, afectación en la calidad del agua, contaminación del agua del embalse por la madera acumulada en el mismo, entre otros, y claramente el impacto socioeconómico en la región.

²⁰Sentencia C-753/15. MP: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 1979 del 6 de octubre de 2015, *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo"*. Tomada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-753-15.htm>

No se debe perder de vista una de las perspectivas que guía este trabajo, esto es, el desarrollo sostenible, que trasciende el hecho de preservar los recursos para las generaciones venideras, si no que implica una articulación de los componentes económico, social, ambiental y estatal (buena gobernanza) para alcanzar algo más que un equilibrio entre estos, para lograr guiar a la humanidad hacia la seguridad y la prosperidad. De allí, que la “eficaz identificación y evaluación de estos impactos y el adecuado diseño de los instrumentos de control y seguimiento ambiental, se consideran indispensables para un manejo acorde con los principios del desarrollo sostenible, requisito esencial para garantizar la “convivencia” entre el proyecto y el medio ambiente” (Osorio, 2003, p. 234).

3. CONSULTAS POPULARES EN EL SECTOR HIDROELÉCTRICO

3.1. Consulta Popular y planificación territorial.

Aun cuando Colombia se ha configurado como un Estado Social de Derecho con una democracia representativa, existen mecanismos que permiten generar incidencia directa en las decisiones administrativas. La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana que entraña en sí misma la posibilidad de incidencia directa, a través del concepto que emite cada sujeto sobre decisiones administrativas de carácter general y orientadas a su aplicación bien sea en el ámbito municipal, departamental o nacional.

La Consulta Popular es un ejercicio en el que la ciudadanía manifiesta su acuerdo o desacuerdo con asuntos generales que definen el destino de su territorio y por tanto modifican sus esferas de vida más importantes tales como la ambiental, económica o cultural.

Este mecanismo apareció con la Constitución Política de 1991 y con su concepción participativa, ha permitido batallar por la conquista cotidiana de la democracia como si ella se tratase de escalones alcanzados progresivamente y nunca como un status que se posiciona a través de meros postulados, de allí

que sea un asunto tan sensible y merezca un trato legal y constitucional riguroso.

La Constitución Política la introduce así:

Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Tres años después, la Consulta Popular, junto con los otros 6 mecanismos de participación que había introducido la Constitución Política de 1991, fue regulada en ley estatutaria -134 de 1994- y se definió del siguiente modo:

La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

En todos los casos, la decisión del pueblo es obligatoria.

Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República.

Luego, en la Ley Estatutaria 1757 de 2015, se regulan nuevamente los mecanismos de participación, por supuesto entre esos la Consulta Popular, con el objeto de: “promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político.”

Hay que anotar que la Consulta Popular es una herramienta vital para la democracia, y que ha flexibilizado el engranaje jurídico permitiendo que los ciudadanos se acerquen a asuntos administrativos, que, vistos desde el

anterior paradigma constitucional, no debían ser públicos y muchísimo menos sometidos a consideración de la ciudadanía.

Sin embargo, este mecanismo también trae consigo una serie de **formalidades** relacionadas con su funcionamiento, esto es, la neutralidad y ausencia de afirmaciones absolutas que debe ostentar la pregunta con la que la autoridad pide concepto a la ciudadanía, así como la necesaria restricción de su respuesta en SÍ o NO, así lo establece el artículo 52 de la Ley 134 de 1994.

Luego, **la obligatoriedad de la Consulta Popular** es un elemento esencial en su funcionamiento, ya que toda declaración puesta en el ordenamiento jurídico, sin consecuencia negativa por su incumplimiento puede resultar siendo una mera prosa que enuncia de manera creativa el deber ser. Mientras que las figuras jurídicas que traen consigo un engranaje que lo dota de obligatorio cumplimiento logran verdaderas influencias en la realidad.

Los artículos 55 y 56 de la Ley Estatutaria 134, rezan así:

“ARTÍCULO 55. DECISIÓN DEL PUEBLO. <Ver Notas del Editor> La decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

ARTÍCULO 56. EFECTOS DE CONSULTA. <Ver Notas del Editor> Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular

Haciendo una lectura cercana a la realidad hay que decir, que la Consulta popular empezó su auge en el año 2013²¹, cuando un sector de la población

²¹ Conforme datos del histórico de consultas populares en Colombia de la Registraduría Nacional del Estado Civil desde 1991 hasta 2013 se habían realizado 29 consultas populares en todo el país, lo que

colombiana comenzó a decirle no a la explotación petrolera en su territorio y de allí se desató una constante pregunta en distintos territorios acerca del desarrollo de proyectos minero energéticos, lo que consecuentemente nos lleva a asegurar que los entes territoriales locales son quienes más han digerido este mecanismo y lo han puesto como carta de batalla ante una defensa constante de las garantías constitucionales a los derechos en el plano ambiental.

A propósito de la consulta popular como un mecanismo que ha posibilitado a las comunidades decir no al uso y explotación de los recursos de su territorio, resulta pertinente hablar de la planificación territorial como un método a través del cual hemos transitado para pensar y regular el uso de los recursos con los que cuenta un territorio y consecuentemente repartir competencias y allí hay que anotar que en Colombia hemos tendido a complejizar un poco el asunto dada la tensión que se presenta entre el Estado unitario y la descentralización, así como el pluralismo y la satisfacción del interés general.

De hecho, para el juez constitucional de Colombia, ha sido un verdadero reto hablar de autonomía territorial y competencia de las entidades territoriales para disponer de los recursos naturales²², a este respecto ha sido un verdadero caso problemático lo relacionado con la minería. Sin embargo, el debate también tiene lugar cuando se habla de la energía hidroeléctrica, pues la producción de la misma consiste en la utilización del agua y por tanto en la afectación de todo un territorio, lo cual debe estar pensado desde el ordenamiento territorial, concepto que introduce la Constitución no solo referido a la división político-administrativa sino también a la planificación y visualización del territorio.

Además, la planificación territorial y la competencia de las entidades territoriales suscitan otro debate vigente en el sector hidroeléctrico, toda vez que hay un conjunto confuso de disposiciones jurídicas que constituyen limitaciones que colisionan y hasta confunden al operador jurídico y por

significa que una o dos consultas populares en promedio cada año. Luego, de 2013 a 2018 se habían realizado nueve consultas populares, lo cual deja ver un aumento considerable en el uso del mecanismo y se da precisamente con ocasión del uso y explotación de recursos naturales, especialmente tratándose del sector minero. Tomado -<https://www.registraduria.gov.co/-Historico-Consultas-populares-.html> -

²² Las múltiples sentencias en este sentido han dejado ver lo complejo de generar matices, ejemplo de ello las sentencias T445 e 2016 y SU 095 de 2018.

supuesto a la ciudadanía y el mismo se puede plantear en los siguientes términos.

Así, sobre la autonomía de las entidades territoriales, la Constitución Política asevera que:

“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.”

Ahora bien, teniendo en cuenta que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses con gobierno de autoridades propias, ¿Qué podrá significar un elemento importante en la gestión ambiental? Según la Ley 99 de 1993 -Ley General Ambiental de Colombia- por medio de la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente y se ordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente- la licencia ambiental es una herramienta crucial para el desarrollo de la actividad de explotación de recursos naturales que acá nos ocupa, además así lo consagra en su artículo 50:

Se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.

Ahora, cabe recordar que la explotación de los recursos hídricos para la generación de electricidad es una actividad que debe darse bajo licencia ambiental, de allí surge el interrogante ¿Quién concede en Colombia las licencias ambientales y qué implica ello en materia de competencia para un municipio?

Con todo ello, en Colombia solo los municipios con más de 1 millón de habitantes (hay 4 municipios con tal característica en el país) pueden expedir licencias ambientales, para el resto (que vienen siendo más de 1.000 municipios) las licencias ambientales las otorga la Agencia Nacional de Licencias Ambientales y las corporaciones autónomas regionales, lo cual termina siendo una regla general y los 4 municipios facultados para la expedición de licencias, a todas luces, una excepción.

Tal asunto resulta ser complejo y limitante para una entidad territorial, sobre todo cuando se trata de una actividad relacionada con la energía hidroeléctrica, pues para la misma resulta crucial la expedición de la misma y un proyecto hidroeléctrico puede ser determinante en el ecosistema del territorio que se pretende intervenir, por tanto, la consulta popular podría resultar una herramienta idónea ya que otorga voz a quienes conocen y vivencian cotidianamente las dinámicas propias del lugar. De allí que sea importante observar que ha dicho el tribunal constitucional con relación a este mecanismo.

En primera medida es complejo el asunto con relación a las licencias y hay que aclarar que la observación planteada en el presente texto, que refiere a la limitación de la autonomía territorial, no es necesariamente una afirmación sobre quién deba tener tal potestad, sino solamente en cuanto a lo que limita la autonomía constitucional de las entidades territoriales.

Y, por último, hay que decir que el tema en cuestión es complejo pues las estructuras que constituyen el esquema de entidades con autoridad, debe pensarse muy bien para garantizar independencia entre los sujetos que toman las decisiones y concesiones y quienes ostentan intereses particulares sobre ellas.

3.2. Marco jurisprudencial desde 2014²³.

La Corte Constitucional en ejercicio de sus facultades en aras de mantener la supremacía constitucional, ha jugado un rol trascendental en la definición del devenir del mecanismo de participación ciudadana llamado consulta popular.

De otro lado, a raíz del auge que ha venido presentando el mismo, por parte de comunidades del país que buscan proteger sus derechos respecto de asuntos de gran relevancia en sus territorios como por ejemplo, los ligados a la explotación minera, se presenta un escenario que ha suscitado importantes pronunciamientos, como los plasmados en la sentencia (**Corte Constitucional C - 123 de 2014**) y que ha puesto sobre el debate elementos que analógicamente son aplicables al sector objeto de estudio, por tanto empieza a ser una pieza relevante para este análisis.

En esta sentencia, la Corte debió pronunciarse sobre el artículo 37²⁴ de la Ley 685 de 2001 “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*” y contra el artículo 2º del Decreto Reglamentario 0934 de 2013, en virtud de una acción de inconstitucionalidad presentada. En esta ocasión, la Corte declaró **exequible** el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, anotando que “en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional **deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas**, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, **mediante la aplicación de los principios de**

²³Tenemos que desde 1991 hasta 2013 se habían realizado 29 consultas populares en todo el país, lo que significa que una o dos consultas populares en promedio cada año. Luego, de 2013 a 2018 se habían realizado nueve consultas populares, lo cual deja ver un aumento considerable en el uso del mecanismo y se da precisamente con ocasión del uso y explotación de recursos naturales, especialmente tratándose del sector minero.

²⁴ **Artículo 37. Prohibición legal.** Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo. Tomado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9202>

coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política” (negrilla fuera del texto).

Precisó además, que *“la simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica per se vulneración del principio de autonomía territorial, esto bajo el entendido que la gestión de intereses por parte de los municipios debe hacerse dentro de los límites de la Constitución y la ley...”*.

La Corte, en esta sentencia, alude al papel de la ordenación del territorio en cuanto a la definición de los usos del suelo, que acarrea aspectos trascendentales en la definición del desarrollo de la vida de una comunidad, como los de carácter ambiental, a saber:

*“La regulación sobre ordenamiento territorial atañe a aspectos que resultan esenciales para la vida de los pobladores del distrito o municipio, sea que estos se encuentren en un área urbana, suburbana o rural. **La función de ordenamiento territorial, y dentro de ella con especial relevancia la de determinar los usos del suelo**, afectan aspectos axiales a la vida en comunidad y llegan a determinar el modelo de desarrollo y, por consiguiente, las condiciones de vida en aspectos como el económico, el social, el cultural, el ambiental, el urbanístico, entre otros.”*

Con este panorama, quedaba en entredicho la verdadera autonomía de las entidades territoriales para gestionar asuntos de gran valía para la comunidad, como los concernientes a la explotación de recursos naturales, esto porque, si bien se dijo que las autoridades territoriales y la nación deben acudir a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, para concertar los proyectos de tipo minero, no se explicó con claridad cuáles serían los criterios para que tuviera lugar dicha interacción entre estos principios, a fin de evitar imposición de competencias, que resultara haciendo inaplicable la función de ordenación del territorio dada a los municipios, para definir asuntos trascendentales para la vida de sus habitantes.

Dicho esto, la pregunta que queda es ¿qué relación o impacto tiene la decisión de esta sentencia con los proyectos hidroeléctricos, teniendo en cuenta que la misma se centra en las actividades vinculadas a la minería en el país?

En respuesta a este interrogante, podría decirse que si bien no hay una mención expresa al sector, el contenido de la sentencia está cargado de información

importante con relación a las competencias territoriales, la disposición y uso del suelo, entre otros asuntos significativos con relación al sector objeto de análisis.

Con todo, la sentencia C 123 de 2014, es una decisión que mirada desde la participación ciudadana como derecho fundamental, generaría preocupaciones, en tanto, qué materias sí podrían ser objeto de pregunta en consulta popular, es decir, cuáles serían esos asuntos de trascendencia para la comunidad frente a los cuales el mecanismo pudiera servir para tomar una decisión, asuntos entre los cuales puede tener cabida la generación de energía hidroeléctrica, dados los impactos que se derivan de la misma, tal como se ilustró.

Al lado de este interrogante, viene otro relacionado con la forma de dar cumplimiento a la concertación de proyectos de gran relevancia municipal bajo la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, cuando los proyectos hidroeléctricos suelen abarcar la jurisdicción de varios municipios, pues como se mencionó en la sentencia, no se concretó la forma en cómo debe aplicarse los mismos para dicha concertación entre entidades territoriales y la Nación y ello, por supuesto presupone una problemática compleja en términos de aplicación de principios.

Ahora bien, hay que anotar que, conforme los postulados del realismo jurídico clásico, la sociedad constituye un fluir mucho más rápido que el derecho, y ello implica que siempre existe la posibilidad de reexaminarlo y enunciar la adecuación del mismo a la realidad que pretende regular y transformar. Por tanto, para la sentencia en cuestión vemos que, si bien persigue pronunciarse frente a asuntos de recursos naturales, resulta insuficiente para comprender todos los asuntos fácticos que se ven inmiscuidos cuando se trata de regular la disposición de los recursos naturales, la ordenación territorial para explorarlos y explotarlos, de allí que resulte pertinente preguntarse por la adecuación de la sentencia para regular las realidades.

Hasta aquí, el panorama era difuso para el sector, no obstante, la Corte siguió emitiendo importantes pronunciamientos que irían despertando curiosidad y preocupación frente al desarrollo de la actividad hidroenergética, y si bien los mismos no suelen abarcar las realidades de un modo muy satisfactoriamente, sí hay que anotar que han ido aportando más elementos al debate.

Así, tiene lugar la sentencia (**Corte Constitucional Sentencia, C – 035 de 2016**), en la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad en relación con el Plan Nacional de Desarrollo del año 2014. En esta oportunidad, la Corte Constitucional dirigió su atención entre otras cosas, a la autonomía de las entidades territoriales y el carácter unitario del Estado en lo concerniente a la delimitación de Áreas de Reserva Estratégica Minera; lo cual pone sobre el debate las mismas consideraciones planteadas en la anterior sentencia, esto es, la aplicación analógica de los preceptos que regulan supuestos de hecho mineros pero que su análisis da lugar al planteamiento de elementos que son vinculantes al sector hidroeléctrico.

Así las cosas, entre ese cumulo de consideraciones, se señaló en línea con la sentencia 123 -2014 que, *“la función de reglamentar los usos del suelo asignada a los municipios, es una expresión de la descentralización territorial, y un corolario de la autonomía otorgada por la Constitución a las entidades territoriales, y que en el ejercicio de esta facultad puede proyectar las actividades que pueden realizarse en las distintas veredas y corregimientos que conforman los municipios, labor de planeación que incide en todos los ámbitos: en la protección del ambiente sano, en el desarrollo industrial, económico, educativo y cultural de las entidades territoriales”*.

Esta sería una anotación importante en la medida que, esta facultad para proyectar las actividades que pueden realizarse en ciertos lugares dentro del territorio de cada municipio, conduce a preguntarse si, esta definición incluye los lugares donde pueden o no realizarse proyectos hidroeléctricos y bajo qué parámetros, sobre todo, atendiendo a que la planeación que deben realizar los municipios de su territorio debe apuntar entre otras cosas a la protección del ambiente, uno de los puntos que ha hecho que comunidades muestren su oposición frente a proyectos hidroeléctricos por los impactos ambientales que generan, como se desarrolló anteriormente.

Esta sentencia, resulta ser una concentración con relación a la determinación del alcance y el contenido de una ley orgánica, por lo que aún no se da el debate con relación a la participación ciudadana ni los mecanismos para tal ejercicio, sin embargo pone en tela de juicio un asunto fundamental como los temas que puedan ser objeto de regulación a través de este tipo de ley y por tanto genera

consideraciones importantes con relación a la ordenación del territorio y acá, cabe resaltar la importancia de que las normas o piezas jurídicas emitidas siempre estén pensadas en función de la suficiencia para que no comporten argumentos estrictamente formales sino que se dirijan al cumplimiento de objetivos; en conclusión parece reiterativa y un tanto formal la sentencia en cuestión.

En este mismo año, la Corte emite otra importante (**Corte Constitucional, sentencia C-273/16**), en la que se pronunció respecto de otra demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37²⁵ de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas. En esta oportunidad el problema jurídico giró en torno a la posible vulneración de la reserva de ley orgánica, cuando en una disposición contenida en una ley ordinaria el Congreso prohíbe a las autoridades del orden territorial establecer zonas excluidas de la minería, inclusive en los planes de ordenamiento territorial.

Esta decisión, se convertiría en un gran hito para el país, en tanto posibilitaba expresamente a las Entidades Territoriales establecer las zonas objeto de exclusión permanente o total de la actividad minera. Con ello se abre un camino para que las comunidades, en virtud de tal facultad, empezaran a pensar en su territorio y se empoderaran de él, por medio del mecanismo de participación ciudadana denominado consulta popular, para oponerse a este tipo de proyectos. Esta decisión, resulta contraria a la establecida en la 123 de 2014 donde se condicionaba la exequibilidad de dicho artículo, bajo el entendimiento que las entidades territoriales y la Nación debían concertar los proyectos de tipo minero, bajo los principios de subsidiariedad, coordinación y concurrencia.

Con este escenario, emanaba la duda de si, esta facultad se podría predicar de proyectos de tipo hidroeléctrico, de cuál sería el alcance de la misma en el sector. Además, quedaba también una sensación de insatisfacción, pues desde un punto de vista de interés común y de ciudadanía, el derecho no se

²⁵ ARTÍCULO 37. PROHIBICIÓN LEGAL. “Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35_ anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo...”

comportaba como el sistema de reglas completo y coherente que fuera capaz de ofrecer soluciones mecánicas con univocidad de respuesta correcta, y era evidente ante una sentencia como la que está siendo objeto de análisis.

Era un tema que generaría incertidumbre en el sector, sobre todo con lo hasta aquí mencionado, ligado a la facultad de planificación del territorio de los municipios, que va de la mano con la protección del medio ambiente, así como con otros aspectos que podrían ser ponderados por los municipios para entrar a prohibir estos proyectos, entre los cuales podemos encontrar el deber constitucional del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, así como de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental²⁶, o el tema alrededor de la producción de alimentos²⁷ que también goza de protección constitucional, y que cobra relevancia en tanto estos proyectos suelen darse en municipios donde su actividad económica gira en torno al agro, o la protección del agua en tanto estos proyectos pueden afectar las fuentes hídricas.

Tal como lo evidenció el caso de Hidroituango una parte importante del río Cauca disminuyó significativamente su caudal, en suma, temas que podrían conducir a que un municipio por medio de un acuerdo municipal o vía consulta popular se opongan a estos proyectos.

Como ejemplo de esta preocupación, en el año 2018 el municipio de San Carlos – Antioquia realizó el proyecto de acuerdo No 26, “mediante el cual se tomaban medidas para la protección de las cuencas hídricas, la biodiversidad, y las comunidades frente a la explotación Minero-Energética en el municipio de

²⁶ Constitución Política **artículo 80**. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

²⁷ Constitución Política **artículo 65**, la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras. De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

San Carlos”, en su artículo primero adujo expresamente que, “ prohibir en el territorio del Municipio de San Carlos – Antioquia, la construcción de Pequeñas Centrales Hidroeléctricas (PCH) y Centrales Hidroeléctricas (CH)”. Con este tipo de actuaciones administrativas se iba vislumbrado que los municipios si podían empezar a echar mano de esta facultad para prohibir la actividad hidroeléctrica en sus territorios.

Este mismo año, un nuevo pronunciamiento de la Corte Constitucional, la sentencia **T- 445/16**²⁸, que se da en el contexto de una consulta popular en el municipio de Pijao - Quindío, en la que el Tribunal Administrativo del Quindío evaluó la constitucionalidad de la consulta popular propuesta por el alcalde de dicha zona, declarando su inconstitucionalidad, la Corte hace significativas consideraciones en torno a temas como el desarrollo sostenible y la participación ciudadana.

Y además, reconfirma que *“el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales”*.

Asume la Corte que, la protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, y que, de esta manera el concepto de desarrollo sostenible en el mundo contemporáneo sigue siendo objeto de un redimensionamiento, que atiende principalmente al alto costo que ha tenido que soportar la naturaleza y su entorno. Así, parece que este Tribunal hace decididamente un aporte al reto que significa la materia ambiental y su relación con la humanidad, asumiendo una postura garantista, tanto desde el mecanismo de participación ciudadana y el derecho fundamental que el mismo comporta, como con los derechos ambientales de los colombianos.

²⁸ Sentencia **T- 445/16**. MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Asunto, acción de tutela interpuesta por Liliana Mónica Flores Arcila contra el Tribunal Administrativo del Quindío, diecinueve (19) de agosto dos mil dieciséis (2016)

En cuanto a la participación, recalca su carácter de derecho fundamental, y que es una forma de intervención social de gran importancia que se liga a las responsabilidades de los ciudadanos como miembros activos dentro de una comunidad (cita la Sentencia T-123 de 2009).

Frente a la consulta popular recuerda que su denominación de derecho fundamental se refleja en su obligatoriedad. No desconoce, que tiene límites ligados por ejemplo en la competencia para tramitar la misma y la prohibición de modificar la Constitución por medio de esta. Deja claro, que entre los asuntos que pueden someterse a este mecanismo, el componente ambiental no está excluido de su órbita de competencias, y que es, ante todo una manifestación de voluntad política, que posteriormente, y de manera diferida e independiente produce una norma jurídica, la cual, puede ser objeto de control judicial a través de los mecanismos judiciales de control de actos administrativos o de leyes de la República.

En tono con lo anterior, aduce que el *“Estado colombiano no puede dar una prevalencia automática y abstracta al interés general y la visión mayoritaria del desarrollo o progreso cuando este afecta los derechos fundamentales de las personas”*. (cita la Sentencia T-197 de 2016).

En este orden de ideas, la sentencia es clara al decir que *“la minería es una actividad que afecta ámbitos de competencia de los municipios, como la regulación de los usos del suelo, la protección de las cuencas hídricas y la salud de la población, razón por la cual, los municipios sí tienen competencia para participar en estas decisiones, y que estas decisiones deben tomarse con su participación eficaz. En esta medida, entonces, una consulta popular que trate sobre este tipo de decisiones está claramente dentro del ámbito de competencias del municipio”*.

Frente a esto queda muy claro, que la competencia de los municipios puede extenderse también a proyectos hidroeléctricos en tanto es una actividad que mirada desde sus impactos especialmente ambientales afecta ámbitos de competencia de las entidades territoriales, las cuales están llamadas a proteger no solo los recursos naturales, si no a promover, garantizar y ponderar los derechos en juego alrededor no solo de la actividad minera, si no también de la

hidroeléctrica como la protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables como el agua.

Así, la participación ciudadana por medio de la consulta popular entra a cobrar gran relevancia en la medida en que posibilita esa facultad para prohibir actividades que impactan el devenir de las comunidades, que para el sector hidroeléctrico al no haber un conflicto expreso de competencias entre las entidades territoriales y la Nación, por el uso del suelo y el subsuelo, parece tener más cabida y menos dificultades jurídicas en su aplicación práctica, y ejecución legal cuando se desprenda una decisión prohibitiva como tal, recordando que, la ley señala que la decisión que adopte el pueblo en una consulta popular es de carácter obligatorio, bajo los límites de la Constitución y la ley.

Es una sentencia, con una posición garantista en pro de la participación ciudadana en asuntos de gran trascendencia para una población, como el desarrollo de proyectos mineros principalmente, pero que no desconoce, que los llamados macroproyectos, dentro de los cuales se hallan los de generación de energía eléctrica derivan en consecuencias para las comunidades donde son ejecutados, por lo que la participación ciudadana no escapa de su órbita, y hace que mecanismos como la consulta popular causen un interés notable en dichas comunidades para manifestar su opinión al respecto.

Por supuesto, resulta evidente cómo a través de la jurisprudencia se escala en ese camino gradual en el que hemos ilustrado la democracia, toda vez que esta sentencia emite grandes compromisos con relación al papel de la ciudadanía en la determinación de asuntos fundamentales para los territorios y consecuentemente fortalece la participación directa en una democracia representativa, lo cual resulta de gran valor.

Además, amplía y adecua el alcance de la consulta popular como un mecanismo idóneo para pronunciarse favorable o desfavorablemente acerca de la intervención de un proyecto, que como se ha visto tiene efectos diversos y transversales. Conforme los postulados del realismo jurídico, se diría entonces que en esta sentencia, el derecho se dilucida como un medio para fines sociales y no como fin en sí mismo.

Dos años más tarde, en el 2018 llega la sentencia **SU- 095**, que se da en el marco de la convocatoria a consulta popular en el Municipio de Cumaral - Meta, respecto al desarrollo de actividades encaminadas a la exploración y explotación de recursos del subsuelo.

Con esta, se da otro giro valioso en el tema de la participación ciudadana y las competencias entre Nación y entidades territoriales en los usos del suelo. Esta sentencia continúa en la línea argumentativa entorno a la relación entre Estado y entidades territoriales bajo los principios de autonomía territorial y Estado unitario, unido a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en materia de explotación del subsuelo y recursos naturales no renovables. Con todo ello, el contenido de esta sentencia nos conduce a la tesis mayoritaria de la C123 de 2014.

Aduce la Corte que, dentro del marco de la democracia participativa, la consulta popular es un mecanismo idóneo para que la ciudadanía decida, a través de una respuesta afirmativa o negativa, sobre asuntos nacionales, departamentales, municipales, distritales o locales. No obstante, dependiendo del nivel a tratar, la consulta se encuentra limitada por reparto de competencias establecidas en la Constitución y en la ley.

Dentro del calificativo de idoneidad que hace la Corte de la consulta popular, señala que, deja de serlo no para dar *“aplicación a los principios de coordinación concurrencia entre la nación y el territorio en el marco de los postulados del Estado unitario y la autonomía territorial, pues como mecanismo de participación ciudadana no puede utilizarse para definir si en un territorio se realizan o no actividades de exploración o explotación del subsuelo o de recursos naturales, ya que la competencia en esta materia no radica en forma absoluta en cabeza de los municipios, y por ello excede su competencia, pues existen competencias de este tipo radicadas en el nivel nacional que no es posible desconocer porque tales competencias han sido definidas constitucionalmente; así, el ordenamiento jurídico ha previsto y otorgado competencias en materia del subsuelo a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población”*.

Así mismo, predica que *“la consulta popular es un instrumento focalizado y*

limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, pues tal mecanismo de participación ciudadana implica la realización de una pregunta cuya respuesta solo admite escoger entre “si o no”, lo que impide un análisis técnico y especializado respecto a las actividades del sector minero energético; en tal sentido, la decisión de explorar o explotar RNNR o del subsuelo, como actividades permitidas constitucionalmente, no es binaria (si o no) y debe contrariamente responder a análisis técnicos integrales y al concepto de desarrollo sostenible. Por el contrario, de obtenerse un “no”, ello implicaría un poder de veto de las entidades territoriales que anula las competencias nacionales en materia del subsuelo, desconociendo todo el marco constitucional que las dispone”.

Hechas estas precisiones, la Corte advierte que:

No hay un mecanismo de participación ciudadana en el que las comunidades ubicadas en las zonas de operaciones de exploración y explotación del subsuelo y de Recursos Naturales No Renovables, puedan contar con información, presentar sus inquietudes o manifestar su oposición a proyectos del sector.

No existe un instrumento en el que se aplique el artículo 288 constitucional que permita la concurrencia y coordinación del nivel nacional y territorial en las competencias que cada uno de estos detentan respecto al suelo y/o el subsuelo.

Que, si bien la consulta popular no es el medio procedente e idóneo para ejercer la participación ciudadana y dar aplicación a los principios de coordinación y concurrencia nación territorio, no es óbice para dejar desprotegido el derecho fundamental de participación. Y, que justamente esa falta de idoneidad explica la razón por la cual las comunidades se han visto avocadas a utilizar la consulta popular como forma de expresar sus inquietudes, pero que como se dijo, no resulta ser el mecanismo idóneo.

Bajo esta argumentación, la corte exhorta al legislador la definición de unos mecanismos de participación ciudadana, y de instrumentos de coordinación y concurrencia Nación - territorio, de acuerdo a criterios como, participación

ciudadana y pluralidad; coordinación y concurrencia nación territorio; inexistencia de un poder de veto de las entidades territoriales para la exploración y explotación del subsuelo y de recursos naturales no renovables; enfoque territorial; desarrollo sostenible, entre otros, que al parecer no se pueden predicar de la consulta popular como hasta ahora está diseñada.

Frente a esta nueva línea argumentativa de la Corte, surge la gran pregunta de ¿qué va a pasar con la participación ciudadana ejercida por medio de la consulta popular?, la no idoneidad predicada del mecanismo de participación para definir los usos del suelo y el subsuelo en materia minera, ¿puede predicarse a otros sectores como el hidroeléctrico?, o en este caso, es un mecanismo funcional, que, en interpretación con la sentencia T-445 puede usarse para prohibir proyectos de tipo hidroeléctrico en tanto es un asunto de relevancia para las comunidades frente al cual pueden decidir hasta llegar a prohibirlos.

Como parte de la reflexión, cabe cuestionarse qué tan idóneo es dejar a las comunidades por tiempo indefinido sin un mecanismo para expresar su opinión en asuntos de connotada relevancia para el desarrollo de sus comunidades.

Hasta ahora, se ha reflejado el ir y venir de las decisiones del juez constitucional en la materia, pero ¿cómo han sido acogidas estas, en las consultas populares que se han dado en el país?, es por ello, que a continuación se esbozará a partir de la evidencia de ciertos ejemplos²⁹ las consideraciones más significativas en términos argumentativos:

²⁹ A partir del año 2013 empezaron en el país las consultas populares como medio para oponer al desarrollo de la minería **principalmente**, caso puntual del municipio de Piedras, Tolima; sin embargo desde el 2016 con la consulta popular impulsada en el municipio de Cumaral, Meta, que dio lugar a la sentencia T-1198/17, que empieza en el país una gran auge de Consultas Populares a través de las cuales, en ejercicio de este mecanismo de participación, la ciudadanía manifiesta su opinión sobre si se permite, restringe o prohíbe el ejercicio de actividades mineras y petroleras en su territorio. Tuvieron lugar sentencias como la 11001-03-15-000-2017-02516-00 sección cuarta del Consejo de Estados respecto a una consulta popular en el municipio del Peñón Santander, hubo otras de la misma entidad de la sección quinta con relación a una consulta popular en el municipio de Une, Cundinamarca, y otra en el municipio de Cajamarca, Tolima. El Tribunal administrativo de Antioquia, también se pronunció entorno a una consulta popular en el Municipio de Urrao, y sobre la validez del acuerdo No. 09 de 2017 expedido por el Concejo Municipal de Jericó, que buscaba prohibir la actividad minera en su territorio, así mismo, el Tribunal administrativo de Cundinamarca se pronunció sobre una consulta popular en el municipio de

Se reitera que los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, se constituyen en el marco de acción para que el Estado y las entidades territoriales puedan armonizar sus intereses, mecanismo que se puede activar con antelación (*ex ante*) a la realización de una consulta popular.

Nada descarta la posibilidad en un probable escenario en el que se haya impuesto como votación mayoritaria el NO, que el Estado y las entidades territoriales puedan concertar con posterioridad una política minera, de hidrocarburos y a nivel hidroeléctrico que sea sostenible desde el punto de vista ambiental, arqueológico y cultural, entre otras facetas.

La convocatoria a consultas populares no está supeditada a la realización de una concertación previa entre las entidades del orden nacional y territorial.

La consulta popular, no fue diseñada a efectos de derogar –tácita o expresamente – las leyes expedidas por el Congreso de la República, esas son una expresión del principio democrático que materializa la soberanía popular que reside en dicho órgano de representación.

El texto de la pregunta de una consulta popular no debe contener notas introductorias que, lejos de orientar al elector, le induzcan su respuesta, debe ser clara, y no ser contraria a la lealtad del votante.

Es la ley la que determina las áreas para explotación minera y las respectivas restricciones, no podría de esa forma la entidad territorial a través de un acuerdo sin fundamento en estudios técnicos, concertación con autoridades nacionales competentes en la materia y de espacios de participación, prohibir de manera general la explotación de estos recursos en todo su territorio, máxime que es competencia del Gobierno Nacional la adopción de la Política para la explotación de los recursos naturales no renovables en el país.

Son decisiones que si bien se da en razón de la actividad minera, no dejan de ser relevantes para el sector objeto de estudio, en tanto, se cuestiona las competencias de las entidades territoriales frente a proyectos hidroeléctricos,

Cogua, Cundinamarca, entre otros ejemplos, que dan cuenta de la masividad en el uso del mecanismo de participación ciudadana.

sobre todo cuando estos abarcan la jurisdicción de varios municipios, en donde algunos o todos pueden o no querer que se desarrollen en su territorio, se cuestiona entonces, ¿qué aplicación tendrían los principios de concurrencia, subsidiariedad y coordinación frente a esta confluencia de competencias?.

Esta última sentencia, vista desde los estudios críticos del derecho, da lugar a una serie de matices, pues si bien se ha dicho hasta acá que las normas deben estar en una constante reexaminación y evaluación de su adecuación a la realidad, tampoco se puede perder de vista la importancia de un hilo conductor entre ellas, pues su contenido deberá ser una consecución que obedezca a una regulación y lectura de la realidad a través de la norma y no a una expresión deliberada, que se modifique drásticamente entre un pronunciamiento y otro.

También, tendría cabida la importancia de analizar las sentencias como una pieza de interés político, que convierte lo conveniente en lo justo, esto quiere decir que utiliza supuestos de hecho sobre los que los juzgadores y gobiernos ostentan un especial interés y los regulan de modo particular en atención a ese interés y no a uno general que acarree lo verdaderamente justo, lo cual resulta evidente por la contrariedad que se da entre los pronunciamientos últimos, esto es, la colisión fuerte y sustancial que presentan la sentencia T445 y SU095, ambas emitidas por la misma Corte y con pronunciamiento con relación a supuestos de hechos medianamente parecidos.

Entre lo vislumbrado hasta ahora, no se observan decisiones puntuales frente al sector hidroeléctrico, no obstante, en el año 2018, el Tribunal Administrativo de Santander emitió decisión³⁰ acerca de la constitucionalidad de una consulta popular a realizarse en el municipio de San Gil Santander relacionada con el ejercicio de la aprobación de proyectos minero – energéticos, con ocasión del

³⁰ Tribunal Administrativo Oral de Santander. MP: Francy del Pilar Pinilla Pedraza. Asunto, control previo de constitucionalidad de la consulta popular a realizarse en el municipio de San Gil para la aprobación de los proyectos Minero – Energéticos, con el denominado proyecto hidroeléctrico Piedra del Sol.

Respecto al Proyecto hidroeléctrico Piedra del Sol, es un proyecto llevado a cabo por la empresa ISAGEN. S.A E.S.P. Ubicación: suroriente del departamento de Santander sobre el río Fonce. Área de influencia del Proyecto corresponde a los municipios de San Gil, Socorro, Cabrera y Pinchote, en el Departamento de Santander. Capacidad: 156 MW. Generación media anual: estimada en 995 GWh-año, lo que equivale a la energía requerida para abastecer a 380.000 colombianos. Tipo: filo de agua sin embalse ya que funciona gracias al caudal del río. Tomado de: documento de GESTIÓN DE CRECIMIENTO DE ISAGEN, pág. 20. https://www.isagen.com.co/informe-de-gestion/2016/pdf/Gestion_crecimiento.pdf

proyecto hidroeléctrico Piedra del Sol con jurisdicción en el municipio de San Gil - Santander y otros. En esta oportunidad, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la pregunta³¹, aduciendo a razones de falta de competencia del alcalde de dicho municipio para adelantar la consulta popular.

Así mismo, dice que la pregunta vulnera la libertad del lector, ya que, equipara los proyectos de construcción de un proyecto de generación hidráulica, con un proyecto de explotación minera, los cuales son sustancialmente diferentes, pues el primero es una actividad complementaria del servicio público de energía eléctrica, y este es un servicio público elemental, y por su parte los segundos están encaminados a la explotación de minerales.

Es un fallo relevante, en tanto empieza a diferenciar los sectores en los cuales pretende recaer una consulta popular, lo cual hace pensar en su alcance en términos de si la consulta puede o no puede excluir la actividad de generación de energía hidroeléctrica, considerando por ejemplo su calificación de servicio público esencial.

Ahora bien, la sentencia también hace consideraciones teniendo en cuenta temas tratados en las sentencias de constitucionalidad referidas. Así, en términos de competencias de las entidades territoriales para convocar a la consulta popular, se expresa, que el alcalde del municipio de San Gil, supera su ámbito de competencias, en la medida que el proyecto abarca los municipios de Cabrera, San Gil, Pinchote y Socorro, lo que deriva en la no posibilidad de someter a consulta un asunto que no se limita únicamente a su territorio, sumado a que se daría una imposición de la voluntad de un municipio sobre los que no fueron consultados, que daría lugar a la vulneración del principio de democracia participativa y más tratándose de un asunto con tan marcada relevancia para una comunidad como se ha dicho, por sus impactos sobre estas, especialmente ambientales.

Al respecto, dice la Corte en consonancia con la ley que la competencia para adelantar dicha consulta es del departamento, pues estos, son la instancia coordinadora de las actuaciones municipales. Sin embargo, el tema entorno a

³¹ ¿Está usted de acuerdo con que se realicen proyectos megamineros y/o energéticos en el río Fonce en la jurisdicción del municipio de San Gil?.

la competencia de las entidades territoriales no queda del todo resuelto aclarando que debe ser el departamento quien convoque a la misma, puesto que, el tema debe ser mirado también desde las competencias entre las entidades territoriales alrededor de un proyecto hidroeléctrico, como en el caso en cuestión, cuando una de las entidades territoriales desea convocar a consulta popular y las otras no, es decir, cuando no hay consenso entre los municipios sobre el realizar o no la consulta popular, entonces, se cuestiona si la aplicación de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad es suficiente para solucionar esta discrepancia concertando no el sí debe prohibirse o limitar la ejecución de proyectos hidroeléctricos en su territorio, si no, si debe realizarse o no la consulta popular, si, como se ha visto, no son claros los criterios para su aplicación, en lo concerniente a materia minera.

No obstante, podría ser más fácil la aplicabilidad de estos principios a nivel de entidades territoriales, en tanto, en el caso del sector hidroeléctrico no hay un conflicto ligado al uso del suelo y el subsuelo, por lo que las mismas entidades podrían ir definiendo criterios para su aplicabilidad y poder llegar acuerdos entorno a la ejecución de una eventual consulta en sus jurisdicciones con ocasión de estos proyectos.

De igual forma, la sentencia hace anotaciones que cobran valor en cuanto hacen parte de los requisitos legales que deben ser cumplidos para poder realizar una consulta popular como los vinculados a la forma cómo se formula la pregunta. En vista que, son motivos que pueden incidir en la declaratoria de falta de constitucionalidad de una consulta, lo cual, conduce a pensar que es un mecanismo que debe ser utilizado analizando con rigor los requerimientos, para que el ejercicio ciudadano de la participación no quede reducido o condicionado al cumplimiento de estos, convirtiéndose en un límite que puede ser evitado con un análisis juicioso por parte de las entidades competentes.

Luego del análisis jurisprudencial realizado en la presente monografía tenemos que decir que para la Corte Constitucional, la modulación que se ha hecho de la consulta popular es una traducción a la justicia desde la conveniencia, tal y como lo describe el realismo jurídico y esto se sustenta, por ejemplo, en el cambio drástico del sentido en el que se pronuncia la Corte, así en la sentencia T 445 de 2016 reconoce la capacidad de autogestión de las entidades

territoriales y la participación como derecho fundamental y como forma de intervención social de gran importancia, lo que le da un corte marcadamente garantista.

Mientras que con la sentencia SU 095, emitida tan solo dos años después, se realiza un pronunciamiento que limita y enjuicia la idoneidad de la consulta popular como mecanismo para decidir sobre recursos naturales, lo que deja en limbo el destino y alcance de la participación ciudadana y consiguientemente de múltiples derechos fundamentales que se garantizaban a través de la participación directa.

3.3. Tensiones jurídicas

3.3.1 Autonomía territorial versus Estado Unitario

Con todo, parece evidente que existe un tenso panorama propiciado en torno a los poderes que se reconocen y los que se efectivizan a la hora de tomar decisiones con relación a la disposición de los recursos naturales, lo cual nos conduce a reconocer cómo la autodenominación de Estado Unitario y la proclamada autonomía de las entidades territoriales, colisionan en determinado punto y generan una tensión jurídica.

Hay que empezar diciendo que la Constitución Política de Colombia, ha reconocido que somos un Estado unitario, así:

“Artículo 1.—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de **república unitaria**, descentralizada, **con autonomía de sus entidades territoriales**, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (negrilla fuera de texto)

Ahora bien, ¿qué implica eso de República Unitaria?, lo primero que hay que poner de presente es que esta es una forma de organizar la estructura estatal que implica la existencia de una unidad, es decir de Colombia como una totalidad unívoca en la que está concentrado el poder

y la competencia para determinar la forma de ordenarse, pero, el artículo de la Constitución que deja clara esta forma de estructura seguidamente introduce la descentralización.

La descentralización permite que las entidades territoriales de rango inferior, esto es los municipios, provincias o departamentos, tengan la posibilidad de autodeterminarse a través de sus propias normas y autoridades, por eso es curioso que en la Constitución Política la descentralización se sitúe acto seguido del carácter unitario, ya que son conceptos que generan interacciones complejas y en ocasiones contrapuestas, el uno supone aglutinación y el otro desconcentración, el uno supone homogeneidad y el otro reconoce y faculta la heterogeneidad, la Corte Constitucional por su lado, los ha delimitado del siguiente modo:

La Constitución de 1991 introdujo cambios fundamentales en el régimen territorial. Este pasó de un esquema con centralización política y descentralización administrativa, donde el énfasis estaba en lo nacional y la descentralización era una mera técnica de administrar, a un sistema de autonomía para las entidades territoriales sin perder de vista la unidad del Estado. Así lo reconoce el art. 1º de la nueva Constitución (...).

(...) autonomía es la capacidad de manejar los asuntos propios, aquellos que le conciernen al ente, con una libertad que estará limitada por lo que establezcan la Constitución y la ley. La autonomía es afirmación de lo local, seccional y regional, pero sin desconocer la existencia de un orden superior. Si no existiera ese límite para el ente se estaría en presencia de otro fenómeno distinto en el cual el interés local, seccional o regional se afirmarían sin tener en cuenta ningún otro poder. Este es el caso de los estados federales. La configuración autonómica delineada atrás está consagrada en el art. 287 de la nueva Constitución (...)"

Si su correlación per se es un poco compleja, ¿Cuánto más podrían serlo al concurrir en un tema tan profundo y determinante para la vida en

sociedad como el ambiental? La respuesta es que en efecto, la complejidad del asunto es bastante alta, de allí que hasta el mismo texto constitucional se haya quedado corto para modular el tema de manera clara y concreta, toda vez que su pronunciamiento literal con relación a las competencias en materia ambiental es difuso, dotó a las autoridades diversas de una potestad regulatoria y al Estado de un deber de protección, lo cual lleva al operador jurídico a divagar con disposiciones que no son determinantes en materia de competencias ambientales.

Con todo lo anterior, es natural que los intereses nacionales y locales estén correlacionados todo el tiempo, así lo ha insinuado la Corte Constitucional:

“Cuando se afirma que el interés Nacional y los intereses autónomos territoriales son articulables y no enfrentados, se está señalando que no es posible desmembrar la unidad de la república como solución a la problemática que nace del entrecruzamiento de competencias.

Esto puede dar lugar a la coexistencia de competencias paralelas, que pueden ser ejercidas independientemente en sus propios campos, o a un sistema de competencias compartidas que se ejercen de manera armónica.”

Al mismo tiempo, la Constitución Política ha hecho una apuesta por la autonomía de las entidades territoriales y desde su literalidad ha reconocido la importancia de posibilitar y efectivizar sus decisiones, una muestra de ello está en la descripción del artículo 311, en palabras de Gloria Helena Sanclemente Zea “el municipio es la célula básica de la organización política administrativa del Estado y, por ende, es una entidad con autonomía para la determinación y organización de los usos del suelo del área de su jurisdicción”.³²

Frente a la difícil cuestión de la posibilidad que tiene los entes territoriales para autodeterminarse frente a la unidad que compone la república

³² El ejercicio de las competencias administrativas en materia ambiental, elemento fundamental para el desarrollo sostenible. UNIVERSIDAD exTERNAOD 2005, Pag 319.
Artículo: Ordenamiento territorial y medio ambiente, ¿un conflicto permanente de competencias?

colombiana y la fuerza vinculante que hay en las normas que configuran un todo, la Corte Constitucional en Sentencia C-517 del 15 de septiembre de 1992, en pleno auge constitucional, se pronunció así con relación a la autonomía y descentralización frente a la república unitaria:

“Ahora bien, el grado de descentralización o autonomía se mide por la incidencia que una entidad decisoria tiene en la creación y la aplicación de las normas. Aquí también es necesario introducir el elemento revitalizador: habrá ámbitos normativos caracterizados por la plena autonomía, otros por la parcial autonomía y otros por la plena dependencia.

En consecuencia, de la misma manera como la libertad o la dependencia de un individuo debe ser evaluada como una capacidad relativa a partir de circunstancias específicas, las normas constitucionales que se refieren a la descentralización y a la autonomía de las entidades territoriales, no pueden ser tomadas en términos absolutos. Ellas marcan una pauta, un grado, una tendencia que debe ser respetada al momento de interpretar las relaciones entre el Estado central y sus entidades y que no excluye la posibilidad de que existan, en tales relaciones, algunos ámbitos normativos de mayor dependencia y otros de mayor autonomía.

En un Estado unitario, como Colombia, coexisten formas de descentralización cualitativas y cuantitativas con la unidad de organización de la comunidad estatal. Tales formas se manifiestan a través de entes territoriales (departamentos, municipios) o de una racionalización de funciones administrativas (vgr. corporaciones autónomas regionales).”

Una vez dilucidada la tensión, la Corte ha planteado una serie de límites para el ejercicio de las competencias, así:

Subsidiariedad, que busca que las entidades territoriales atiendan lo de otras solo de manera subsidiaria, esto es, cuando la entidad territorial directamente implicada no esté en condiciones de hacerle frente por sí misma. No extraterritorialidad, que busca que ninguna entidad territorial ejerza competencias afectando negativamente a otras. Por último, el respeto de la unidad, en su sentido político, jurídico y territorial, buscando salvaguardar la cohesión del Estado.

Luego, acudiendo nuevamente a lo dicho por Sanclemente Zea³³, en su texto Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, ¿un conflicto permanente de competencias?, expresa:

“Por ello, la solución a los problemas ambientales que de manera más intensa afectan nuestras ciudades es compleja y requiere de la convergencia de muchos esfuerzos una adecuada aplicación de la técnica, un inteligente y concertado desarrollo de la ley, un alto grado de gobernabilidad y una actitud ciudadana solidaria y cooperante. Es necesario propiciar un cambio que, bajo el principio de la democracia participativa, transforme las prácticas de trabajo tradicionales, en el que además intervengan de manera responsable los funcionarios, técnicos y administradores en torno a un nuevo modelo de gestión que replantee y oriente el quehacer cotidiano del ejercicio del poder y del conocimiento en beneficio de la comunidad.”

Después de todo, no existe solución inequívoca para tal asunto, sino meramente una ponderación que deberá llevarse a cabo y que traduce una tensión jurídica junto con un reto para el ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana y de la seguridad jurídica.

3.3.2 Servicio público y utilidad pública.

Ahora bien, tal tensión no es la única que se presenta. Tal como se mencionó, nuestra carta política en el artículo 365, consagra que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo deber del Estado asegurar su

³³ Misma cita de Externado.

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, además del hecho de que podrán ser prestados por el Estado directamente o por particulares.

Bajo esa perspectiva, las Leyes 142 y 143 de 1994, atribuyeron a la generación y demás actividades ligadas a la energía eléctrica la calidad de servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública, en tanto están destinados a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente. A su vez el artículo 14 de la Ley 143 en su numeral 14.25 se refiere al servicio público domiciliario de energía eléctrica, diciendo que las actividades de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión de energía eléctrica tienen carácter complementario.

Vale la pena mencionar que, desde los inicios de la Corte Constitucional, esta ha hecho valiosas anotaciones entorno al concepto de servicio público, al respecto, en la sentencia T- 578/92, se apunta que:

El servicio público no es simplemente un "concepto" jurídico; es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración cuando ella concuerde con la realidad tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico" (Corte Constitucional, Sentencia T- 578/92)

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, la sentencia, estipula en atención al artículo 367 de la Constitución Política que se trata de:

Una categoría especial de servicios públicos, los llamados "domiciliarios", que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas (Constitución Política de Colombia, 1991).

Así las cosas, actualmente es innegable el carácter de servicio público esencial de la generación de energía eléctrica. Pero, la pregunta es ¿qué relevancia o qué consecuencias se desprenden de dicha expresión, al tenor de la consulta popular?

En cuanto a la actividad de generación, la Corte Constitucional ha señalado que hace parte de las actividades que permiten la prestación del servicio público de energía eléctrica, de manera que cobra especial relevancia, así:

La operación y regulación del mercado de la energía eléctrica en Colombia parte de una separación vertical de las actividades que permiten la prestación del servicio. De esta manera, el mercado está compuesto por cuatro actividades distintas: (i) producción o generación; (ii) transmisión o transporte; (iii) distribución; y (iv) comercialización. El conjunto de estas actividades conforma el servicio público esencial de energía eléctrica en Colombia³⁴. Ahora bien, para la Corte el transporte o transmisión de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición, es considerado un servicio público domiciliario esencial sujeto a la intervención del Estado (Congreso de la República Ley, 143, 1994).

A su vez, la Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en la obligación del Estado de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, por ser una forma de garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud, así como una garantía de los derechos Económicos Sociales y Culturales:

El artículo 365 de la Carta Política incorpora la base constitucional frente al reconocimiento y prestación de los servicios públicos, en tanto inherentes a las finalidades sociales del Estado y cuya realización eficiente debe ser asegurada “a todos los habitantes del territorio nacional”. En desarrollo de este mandato, desde sus inicios esta Corporación ha señalado que la constitucionalización de la garantía efectiva de tales servicios se deriva de su innegable vínculo con la

³⁴ Ley 143 de 1994, Art. 5.

materialización de derechos fundamentales tales como la vida y la salud...

Precisa, que la prestación de los servicios públicos se inscribe, por tanto, dentro de aquellos deberes sociales cuyo desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 Superior, constituye el fundamento existencial de las autoridades colombianas.

De modo que, tempranamente la Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, "(...) por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos –p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.– y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso (Sentencias, 242 de 1997, 578 de 1992, C 150 de 2003 y C-565 de 2017)

Son pronunciamientos que deben ser mirados atendiendo a la realidad del país. Si bien es cierto, que la denominación de servicio público a la actividad de generación de energía eléctrica y por ende hidroeléctrica, ameritan una serie de esfuerzos por parte del Estado para su materialización, puesto que se desprende la garantía de derechos fundamentales para las comunidades, también es cierto que los efectos ocasionados a raíz de la generación de energía hidroeléctrica han evidenciado que el ser un servicio público no mitiga, ni evita que se produzcan los mismos, pues se incurre en un dilema al pretender garantizar ciertos derechos como la vida y la salud, pero afectar otros, como el derecho a un ambiente sano.

Así, en un escenario fatalista se podría preguntar ¿Qué sería de un país sin salud o sin educación debido a un apagón energético?, podría pensarse que es una consecuencia visible al permitir que las comunidades puedan entrar a definir la suerte de este tipo de actividades vía consulta popular, buscando evitar que se lleven a cabo estos proyectos en sus territorios. Pero también, se observa otro escenario no menos fatal, si se cuestiona ¿qué sería de un país donde sus comunidades no puedan decidir aspectos de trascendental relevancia para el territorio?, consecuencia que se desprendería, si solo si se atiende a la mera connotación de servicio público como argumento para limitar estos espacios de participación ciudadana.

En medio de la relevancia que otorga la connotación de servicio público complementario a la generación de energía eléctrica, se cuestiona, ¿cómo debería darse la armonización de competencias entre las entidades territoriales y la Nación, alrededor de estos proyectos y lo que pueden llegar a suscitar en las comunidades donde se ejecutan, esto porque suelen ser proyectos que comprenden la jurisdicción de más de un municipio?, al lado de este interrogante, se suma el ¿Cómo se debe armonizar la autonomía territorial y el interés general que cobija al servicio público?

Finalmente, es pertinente entonces señalar que los servicios públicos están catalogados de una manera diferente a la explotación de recursos naturales no renovables en la Constitución Política, lo que hace pensar en el tratamiento a seguir para concordar aspectos como la participación ciudadana, impactos ambientales, desarrollo sostenible y competencias de las entidades territoriales, sobre todo cuando la participación que se ha dado por medio de este mecanismo ha estado dirigida a prohibir actividades en torno a la minería.

Así pues, prohibir es una respuesta ante las coyunturas de las centrales hidroeléctricas actuales del país, y si no lo es, ¿qué hacer para obtener un equilibrio donde puedan confluir todos los intereses de los actores en juego?, ¿o cuáles deben ser menos tenidos en cuenta? Son muchos los cuestionamientos, y pocas las respuestas, pero no por ello se debe de dejar de buscar una solución.

Otro concepto que nos hace pensar en la forma en cómo debe efectuarse la consulta popular dentro del sector, se vincula a la **Declaratoria de Utilidad Pública e Interés Social**, con la que cuentan estos proyectos. Esta pretende la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los fines como la ejecución de proyectos de ampliación, abastecimiento, distribución, almacenamiento y regulación de servicios públicos, según la Ley 9 de 1989.

Pero ¿qué significa expresamente esta? La declaratoria lo que permite, es facultar “*al legislador intervenir en la propiedad y en los derechos económicos individuales. En este sentido se plantea como causa expropiandi, expropiación o de imposición de servidumbres y también como fundamento para aplicar el principio de prevalencia del interés social o público ante el cual debe ceder el interés particular*”. (Sentencia C-565/17)³⁵.

No debe olvidarse que en materia minera también existe dicha declaratoria,³⁶ pese a lo cual, y en concordancia con las consultas populares que se han dado alrededor de la actividad puede concluirse que no ha sido obstáculo para que se lleven a cabo las mismas, más allá de sus resultados y sus implicaciones jurídicas, lo que conduce a pensar que sus impactos han pesado más que este tipo de declaraciones que parecieran otorgar cierto blindaje, a fin que se evite su realización, pues se trataría de una actividad en beneficio de las comunidades donde se desarrolla. Se desprende entonces, que en materia hidroeléctrica tampoco acarrearían una garantía frente al ejercicio de la participación ciudadana.

En materia de energía eléctrica, el Decreto 2444 de 2013, que reglamenta los artículos 9° y 17 de la Ley 56 de 1981, en su artículo 3, indica que “el Gobierno

³⁵ Sentencia C-565/17. MP: Diana Fajardo Rivera. Asunto: revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto 884 del 26 de mayo de 2017, “*Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

³⁶ Ley 685 de 2001 o Código de Minas, “**artículo 13. Utilidad pública.** *En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres*”.

Nacional podrá, mediante resolución ejecutiva, calificar como de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como las zonas a ellos afectas”.

En la misma línea normativa el artículo 2.2.2.1.2.8.2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta el Decreto 2201 de 2003, expresa frente a la oponibilidad de los planes de ordenamiento territorial, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos en **ningún caso serán oponibles a la ejecución de proyectos**, obras o actividades a los que se refiere la presente subsección: *(armonización de usos del suelo en los pot y el desarrollo de proyectos, obras o actividades de utilidad pública y de interés social)*.

Estas disposiciones normativas, hacen dirigir la atención a la competencia de las entidades territoriales para definir ciertamente los usos del suelo en su territorio, si la mencionada norma tiene un mandato expreso a no oponerse por medio de la planificación territorial a esta tipología de proyectos, si entre otras cosas, como se dejó ver en las sentencias expuestas la regulación del ordenamiento territorial toca aspectos que resultan esenciales para el bienestar de los pobladores del distrito o municipio, puesto que se afectan aspectos centrales de la vida en comunidad, se determina el modelo de desarrollo y, acto seguido, las condiciones de vida en aspectos como económico, social, cultural, ambiental, urbanístico, entre otros.

Además, se pone de manifiesto una contradicción con los mandatos de la Constitución a nivel ambiental, rememorando la calidad de Constitución Ecológica que se le ha dado, toda vez que se parte del supuesto de que todos los proyectos son beneficiosos para una comunidad, perdiendo de vista los impactos que éstos tienen en el ambiente, como se mostró con anterioridad.

Frente a este choque normativo, la expresión en ningún caso debe entenderse en su sentido literal, o salvo excepciones para no dejar sin mecanismos a las entidades territoriales, frente a la planificación de su territorio, cuando de estos proyectos se trata. Cobra tanta relevancia dicha connotación de Declaratoria de

Utilidad Pública e Interés Social, para pensar que sería problemático asumir que bastaría como argumento para decir que en ningún caso podrán llevarse a cabo consultas populares que busquen oponerse a proyectos hidroeléctricos.

En que clave a que, debe pensarse el interés general, dado que son dos cuestiones de vital relevancia para el desarrollo de una comunidad. Son interrogantes que ameritan la acción de un legislador y de un juez constitucional coordinado, para que definan este vacío normativo.

4. RETOS DE LA CIUDADANÍA EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS AMBIENTALES.

4.1. Estudio crítico del panorama de la consulta popular en el sector hidroeléctrico.

Conforme lo planteado a lo largo del presente documento, las actividades que implican disponer de recursos naturales, como es el caso del sector hidroeléctrico, han generado múltiples discusiones que han configurado tensiones jurídicas, no solo por el pronunciamiento jurisprudencial en sí sino por las formas de regulación normativa -como las colisiones que pueden darse entre la Constitución y las leyes-.

Sin embargo, en las tensiones jurídicas no está el único punto álgido del asunto, sino que además en el plano de la ciudadanía hay desafíos frente a la protección de los derechos ambientales, los cuales intentaremos desentrañar en lo sucesivo.

En primera medida, hay un desafío que se plantea a la ciudadanía con relación al **estudio crítico del panorama que hay frente a la consulta popular en el sector hidroeléctrico**, que engloba varias reflexiones.

La consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana y la participación ciudadana es un derecho fundamental, además es uno de los mecanismos que posibilita la democracia participativa y a través del cual la

ciudadanía manifiesta directamente su posición en torno a asuntos que son determinantes para sus territorios; aun así los datos dejan ver que en Colombia no existe un manejo ni tampoco unos acuerdos básicos suficientes, para optimizar en la mayor medida posible el uso de la consulta popular, aunque la misma ha tenido un auge importante desde 2013.

Ahora bien, hay que anotar que aun cuando el mecanismo en cuestión logra tener un alcance especial con relación a la participación también tiene especiales limitaciones, que se previeron en las leyes que lo regulan y que buscan delimitar su forma y contenido, entonces llega la cuestión de ¿cómo podría verse limitado un mecanismo del talante de la consulta y quién resulta una autoridad competente para tal limitación?

Una consulta popular puede verse limitada por no cumplir un requisito de forma con relación a la pregunta que la plantea, aun cuando esa pregunta y su respuesta resulten de fundamental importancia en la comunidad que pretendía responder.

Ahora bien, podría surgir otro interrogante y es ¿realmente sucede, que se den limitaciones a un mecanismo necesario y garantista del interés general, debido a asuntos formales? Hay que decir tajantemente que sí sucede, en múltiples ocasiones la Corte Constitucional Colombiana ha tumbado consultas populares no porque su materia no sea objeto determinable desde la voluntad popular, sino porque la pregunta que contiene está mal formulada y podría terminar induciendo a una respuesta, lo cual desnaturaliza el mecanismo y pasar tal detalle por alto comportaría una falta de garantías, tanto para quienes proponen la pregunta como para quienes la están respondiendo.

Al respecto, la Corte parece rigurosa pues asegura que si se condiciona la neutralidad de una pregunta se viola el principio de libertad del votante, por lo que es estrictamente necesario que tanto la pregunta como sus notas introductorias (si las tiene) conserven tanto el principio de claridad, que versa sobre planteamientos neutros y claros, así como el principio de lealtad, que

exige una concordancia entre el título y el contenido en la mayor medida posible.

Esto nos lleva a afirmar que los ciudadanos³⁷, tenemos un desafío relacionado con el conocimiento del mecanismo y la consiguiente capacidad de diseño y ejecución de este conforme las leyes y la Constitución, esto por lo que entraña el ejercicio del mismo en términos de ciudadanía, derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Además, para no perder la posibilidad de ejercer la democracia de modo participativo, en un contexto donde las circunstancias nos obligan mayoritariamente a la representación y pocas veces se nos abren espacios de participación directa. Por supuesto, lo anterior constituye todo un reto para la ciudadanía, pues se trata de un asunto con el que pueden pronunciarse sobre sus derechos fundamentales o temas de interés más profundos como comunidad y hacerlo a través de cientos de opiniones particulares que terminan por configurar la voluntad popular, de allí que el conocimiento y dominio del mecanismo idóneo sea importante y retador en el escenario actual.

Además, visto desde otra perspectiva y siguiendo al catedrático Rodrigo Uprimny, quien afirma que “si no cuidamos el mecanismo, podemos terminar usándolo para promover odios y retrocesos en temas y derechos fundamentales”, lo cual resulta ser veraz y además muy desafiante en términos jurídicos y democráticos.

Con lo anterior, es necesario entonces plantear ante la ciudadanía el reto de observación y cuidado con relación al mecanismo y todo lo que su naturaleza entraña, esto es, mantener su ejercicio de modo neutral y teleológico, esto último para no convertir una pregunta de consulta o la pedagogía con relación a su contenido, en un vehículo de intereses personales que se traduzca en un retroceso, tanto en términos democráticos como en la materia objeto de pregunta ante la comunidad.

³⁷ Entendiendo por ciudadanos tanto a los particulares que son receptores de decisiones administrativas como a autoridades y gobernantes, pues ambos tienen la facultad de proponer una Consulta popular y ambos, desde la distinción de sus roles, enfrentan el reto en torno a la lealtad y claridad en el planteamiento de la pregunta a través de la cual se convoca a la opinión pública.

Adicionalmente, tenemos un desafío importante para la ciudadanía y es mantener una constante reflexión sobre el escenario de las consultas populares. Viendo estas como la oportunidad de evaluar determinados asuntos en términos de conveniencia para los territorios, y de allí adoptar una decisión conforme criterios racionales establecidos desde el conocimiento y vivencia del territorio y así evitar la simple adopción de posturas fundadas en prejuicios que no comporten lecturas responsables del entorno.

Esto quiere decir que cuando se convoca a la comunidad para consulta popular en materia de recursos naturales o disposición de sus territorios para generación de energía, no se puede de entrada constituir una errónea concepción sobre la necesaria desaprobación que deben manifestar o incluso un imaginario de indignación, esto con el fin de evitar malos usos del mecanismo.

Si bien hay que considerar que, los mecanismos de participación ciudadana son vehículos para convertir la indignación en acciones transformadoras a las comunidades, también son vehículos de opinión que materializan la participación directa, sin una necesaria connotación negativa en torno a lo que se quiera transmitir.

De otro lado y como un ángulo adicional desde el cual podemos observar el estado crítico de la consulta popular en Colombia, hay que decir que la jurisprudencia que regula y modula el alcance de las consultas para aceptar o diferir frente a las actividades de generación de energía hidroeléctrica, entre otras prácticas, ha sido abundante y problemática, como vimos en un capítulo anterior de la presente tesis. Hay alrededor de 5 sentencias relativamente recientes, pronunciadas por el Tribunal Constitucional y todas ellas constituyen instrumentos políticos que han hecho serios condicionamientos a derechos fundamentales de la ciudadanía y por supuesto a los derechos ambientales, como sucede con la sentencia SU 095 de 2018.

De lo anterior, se aduce que la jurisprudencia modula en distintos sentidos los derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes acuden a mecanismos de

participación ciudadana como la consulta popular y pueden, muy probablemente encontrarse con una sensación de inseguridad jurídica y desprotección a esas decisiones comunicadas por la voluntad popular.

Retomando un poco las teorías críticas, el derecho no es un conjunto estático de normas sino por el contrario un conjunto de reglas producto de la observación de la realidad y en ese sentido, la jurisprudencia responde a diferentes necesidades sociales, por tanto el juez emite sentencia con reglas e instrumentaliza políticamente las herramientas jurídicas. Luego, siguiendo el Realismo Jurídico, cada gobierno establece las leyes conforme la conveniencia de quien ostenta el poder y aparejan lo justo con lo conveniente, conforme el gobierno constituido.

4.2. Interacción entre el desarrollo sostenible y el sector hidroeléctrico.

En segunda medida, se tiene un reto gigante con relación a la evaluación y exigencia de una práctica hidroeléctrica sostenible, que se corresponda con los objetivos del desarrollo sostenible, y que a su vez sea garante de los derechos fundamentales de las comunidades que “prestan” su territorio para que sea explotado y al mismo tiempo para que sea objeto de los beneficios a nivel social, económico y demás que podría generar esta clase de proyectos.

Frente a lo expuesto, vale la pena analizar qué implicaciones tiene acudir a este concepto, que ha tomado especial relevancia en la actualidad, en donde se demanda una mejor interacción entre el hombre y la naturaleza.

Tal como lo advierte Sachs en su libro, el desarrollo sostenible es tanto una forma de entender el mundo como un método para resolver los problemas globales. Esta es una aseveración que apareja significativas consecuencias en tanto, tiene lugar el interrogante ¿cómo el desarrollo sostenible es el método para resolver los problemas globales, en especial aquellos de tinte ambiental, de qué forma ayudará a resolverlos?, y trasladado al objeto de estudio, esto es al sector hidroeléctrico colombiano, y los desafíos que enfrenta principalmente de corte ambiental, tal como lo evidencia el panorama actual de país, y los impactos esbozados, ¿cómo debe ser la solución que se proponga desde el desarrollo sostenible para minimizar y generar un balance entre las tensiones

que se derivan de esta actividad ? teniendo presente, que de dichas tensiones no puede predicarse un balance armónico, todo lo contrario, la falta de tal balance o la búsqueda del mismo ha hecho que se forme una gran incertidumbre en aras de buscar su alineación, que hasta ahora ha resultado en ambigüedad y dudas en cuanto hacia dónde va el país y de qué forma, a nivel de desarrollo energético.

Ahora bien, el desarrollo sostenible es un asunto que ha venido preocupando al mundo desde años atrás. En ese sentido y para dar un poco de contexto, debe recordarse que, dentro del discurso y las acciones para materializar este concepto se hablaba en términos de objetivos, de los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) impulsados por organizaciones multilaterales como la ONU y la Organización para la Cooperación Económica para el Desarrollo (OCDE) (Chavarro, 2017). Así, los ODM son una serie de 8 propósitos que fueron acordados por los 189 países que eran miembros de la ONU en el año 2000 en el evento conocido como la Cumbre del Milenio (Nueva York), y que esperaban ser cumplidos en 2015. Los países acordaron: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el SIDA, el paludismo y otras enfermedades; **7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente**; 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo. Se estipuló el plazo para alcanzar los ODM fue corto (15 años) (Chavarro, 2017).

Frente al cumplimiento de estos, el documento DOCUMENTO DE TRABAJO N0. 1 “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Colombia y el aporte de la ciencia, la tecnología y la innovación” citado en precedencia, se refiere a un informe del año 2015 por la ONU, que arrojó un logro parcial de los objetivos. “Según el informe, en los países en desarrollo la pobreza extrema se redujo en 40% desde 1990, la tasa de matrícula de población infantil se incrementó de 83% en 2000 a 91% en 2015, el porcentaje de mujeres empleadas en trabajos no agrícolas pasó de 35% en 1990 a 41% en 2015, y en general se evidenciaron avances en todos los objetivos planteados. Sin embargo, el

informe también manifestó la preocupante situación de que la desigualdad de género y económica persiste, que el cambio climático socava el progreso logrado, que el hambre aún aqueja a un billón de personas, que los conflictos siguen desplazando a las comunidades y otras preocupaciones”³⁸.

Como respuesta a los vacíos generados por los ODM, y en aras de buscar una solución a los grandes retos sociales, económicos y medioambientales, orientó la propuesta por los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Lo novedoso en este punto, es que dicha iniciativa por los ODS fue de Colombia³⁹, tenido como un país de ingreso medio. Fue así, como en 2012, en la cumbre Rio+20, 193 países de las Naciones Unidas aprobaron la iniciativa de los ODS.

Como un primer ejercicio para llevar a cabo estos, se hizo una encuesta global para priorizar los puntos de mayor interés. En el caso de Colombia, los puntos que obtuvieron más de la mitad de los votos fueron buena educación, mejor servicio de salud, mejores oportunidades de trabajo, un gobierno honesto y eficiente, **protección de bosques, ríos y océanos**, protección contra el crimen y la violencia y comida asequible y nutritiva. Con estas acciones, en el año 2015 se acordaron 17 ODS, que hacen parte de una agenda de acción a 2030.

La aplicación de estos objetivos en el país se ha dado por ejemplo en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “todos por un nuevo país” el cual incorporó directamente 92 de las 169 metas estipuladas en los ODS. En cuanto a planes departamentales se encontró que los 32 planes utilizan los ODS en alguna

³⁸ El documento i dicha que “Hulme explica que hay distintas posiciones sobre los ODM: para algunos los ODM brindaron una manera efectiva de transformar radicalmente la sociedad. Para otros, los ODM no alcanzaron a movilizar a la acción, pero sí ayudaron a cambiar un poco la mentalidad política más tradicional. Otros son más críticos y piensan que los ODM expresaron buenas intenciones pero no fueron bien pensados. Por último, están los que piensan que los ODM no atacaron los problemas centrales del desarrollo sino que distrajeran centrando la atención en temas superficiales (Hulme, 2009, p.4).

Una de las barreras principales para lograr un consenso y acciones más coordinadas entorno a los ODM es que fueron vistos como una agenda impuesta por los países ricos a los países pobres. En Latinoamérica, varios vieron los ODM como “una agenda impuesta por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la Organización Mundial del Comercio, sin una consulta extendida, dejando de lado los compromisos de mayor alcance acordados en la conferencia de desarrollo social de Copenhague en 1995” (ONU Latin American Regional Coordination, 2013, p. 6). Pagina 8-9.

³⁹ Paula Caballero, quien era la directora de asuntos económicos, sociales y ambientales del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia, fue la principal promotora de los ODS. De acuerdo con el informe, indica que, ella explica que los ODS son “un llamado a dejar atrás una agenda en el fondo paternalista, mediante la cual los países ‘en desarrollo’ son los que tienen que actuar, para pasar a una agenda de responsabilidades compartidas, en la cual todos tienen que actuar” (Monsalve 2016). Así, en esta ocasión el impulso vino desde los países que no habían estado más tradicionalmente involucrados (Perú y Arabia Saudita, por ejemplo, fueron los primeros países en apoyar la iniciativa de Colombia).

medida para la formulación de sus metas, también se han visto reflejados en documentos CONPES, y en los acuerdos de paz.

Esto, indica que los ODS, explícita o implícitamente, están en la formulación de política pública del país, aunque en algunas regiones están más presentes que en otras.

Con esto esbozado, llegamos a la denominación del desarrollo sostenible en términos de Sachs como proyecto intelectual, lo que significa que, el desarrollo sostenible pretende comprender las interacciones entre tres sistemas complejos: la economía mundial, la sociedad global y el medio ambiente físico de la Tierra, expresión que va de la mano con el aspecto normativo (o ético) del desarrollo sostenible que “pretende construir un mundo donde el progreso económico esté lo más extendido posible; la pobreza extrema sea eliminada; la confianza social encuentre apoyo en políticas orientadas al refuerzo de las comunidades; y el medio ambiente esté protegido frente a degradaciones inducidas por el hombre. Debe subrayarse que el desarrollo sostenible sugiere un enfoque holístico, en el sentido de que la sociedad debe perseguir simultáneamente objetivos económicos, sociales y ambientales. Estas ideas se resumen habitualmente diciendo que los objetivos de desarrollo sostenible - **ODS promueven un crecimiento económico socialmente inclusivo y ambientalmente sostenible**”. Pero ¿cómo alcanzar esta propuesta en nuestro país en el tema en cuestión?

De esa forma, el autor se pregunta si ¿hay modo de cambiar de rumbo, de combinar el desarrollo económico con la sostenibilidad ambiental?, pero específicamente, ¿hay modo de combinarlo con un desarrollo hidroeléctrico sostenible?, o debe pensarse en ir caminando con fervor hacia las denominadas Fuentes de Energía Renovables No Convencionales, es decir, dejar de lado la producción de energía por medio de esta fuente, en un país reconocido por su gran potencial hídrico, pero que ha sufrido de las nefastas consecuencias de ejecuciones desafortunadas de proyectos hidroeléctricos, y de los efectos que normalmente se ligan a estos.

Son interrogantes difíciles de responder, cierto, pero más difícil es responderlos en un país que hasta ahora cuenta con una alta dependencia de la producción

de energía hidroeléctrica de un lado, y de otro lado, ha transitado en una alta incongruencia en lo que se refiere al uso de mecanismos de participación ciudadana, puntualmente, la consulta popular, en donde las comunidades han manifestado su opinión hacia proyectos mineros, energéticos y de hidrocarburos, y en donde la falta de unanimidad en la materia por parte del órgano jurisdiccional especialmente, ha conducido al escenario actual, de prácticamente una vulneración de este mecanismo, y de paso, de falta de guías claras para las comunidades, para saber qué hacer si quieren manifestar su opinión nuevamente o a futuro cuando se trata de este tipo de proyectos, que si bien en materia hidroeléctrica no han sido tantos, no quiere decir que el horizonte esté plenamente claro⁴⁰.

A su vez, existe un reto a nivel de participación de la sociedad. En este aspecto, se tiene en cuenta el rol que pueden jugar las universidades para enseñar, analizar, crear prácticas en los estudiantes para enfrentar grandes retos sociales, como los que se dan en nuestro país con ocasión de la producción de energía eléctrica.

También, y en mayor medida, la participación ciudadana por medio de diferentes mecanismos como referendos y consultas es necesaria, dado que incluir a la población en el proceso de toma de decisiones fomenta la percepción de este proceso como justo. Sin embargo, en un país como Colombia donde los mecanismos de participación ciudadana de los que puede hacer uso la gente para manifestarse, especialmente la consulta popular y su situación actual a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional, no dan cuenta de un esfuerzo de país para alinearse con dichos ODS, la pregunta es

⁴⁰ El informe de la ONU mencionado señala, que hay retos claves para seguir en la implementación asertiva de estos ODS. Entre estos retos se encuentra el fomento de actividades de ciencia, tecnología e innovación CTI, que pueden enfocarse en problemas puntuales de cada objetivo, o buscar incentivos para cambiar prácticas de producción tradicionales, mejorar la colaboración entre empresas y otros sectores, incrementar la inversión en sostenibilidad, transformar las cadenas de suministro y lograr mejores políticas (Institute for Sustainability Leadership 2017; Mirar también Green et al. 2017); o promover la construcción de infraestructura como oportunidad de aprendizaje tecnológico, y apoyar y mejorar la asesoría científica, entre otras (Sachs, 2005, p. 93). Págs. 21 y 22.

¿qué hacer para garantizar una verdadera participación que se alinee con estos objetivos?⁴¹

Dentro de estos ODS se habla de uno que implica, buena gobernanza, esto significa que, los gobiernos deben garantizar funciones básicas para que las sociedades puedan prosperar. Es importante recordar que la generación de energía es catalogada como un servicio público esencial, que más que una etiqueta, es una clara aseveración de su importancia en la satisfacción de necesidades básicas del ser humano, ahora, ¿es esto, tan relevante cómo para darle una mirada comprensiva a los impactos que se derivan de esta actividad?, ¿o es tan relevante cómo para limitar el uso de la consulta popular y pronunciarse respecto a estos proyectos que, como se advirtió, cuentan con declaratoria de utilidad pública en interés general?

Es evidente que, la buena gobernanza va más allá de asegurar las necesidades básicas de las comunidades. Es una gobernanza que en un país como Colombia, amerita dejar de crear inseguridad jurídica, o acaso tiene sentido que la Corte Constitucional haya decidido predicar la falta de idoneidad de la consulta popular como mecanismo de exclusión de ciertas actividades que tienen lugar en su territorio, aduciendo básicamente a que no podía definir el dilema de competencias entre Estado y entidades territoriales en cuanto a usos del suelo y el subsuelo, que si bien no es el dilema de competencias central frente a la actividad hidroeléctrica, no implica que no se dé uno, pues como ya se dejó ver, es una actividad que comporta diversidad de efectos, y cuenta entre otras cosas con la designación de servicio público.

⁴¹ El documento de trabajo No 1 referenciado, aduce además que el rol de las empresas es central respecto a acciones como, incorporar los ODS en su planeación estratégica mediante la definición de prioridades, metas, implementación y reporte de información, o por ejemplo, existen oportunidades de mercado en tecnologías innovadoras para incrementar la eficiencia en la producción, uso y almacenamiento de energía, reducir la emisión de CO2 producida por las manufacturas, entre otras (GRI, ONU y WBCSD 2016). Pág 30.

Es una propuesta interesante, pero que hace pensar en nuestro país, es decir, en ¿cómo hacer que las empresas de la industria hidroeléctrica incorporen esto en sus prácticas?, sobre todo en el desarrollo de proyectos cuando ya muchos han derivados impactos principalmente de carácter ambiental. O ¿cómo minimizar los que pudieran llegar a producirse?, ¿cómo introducir verdaderamente esta estrategia, cuando el factor económico también entra a escena, dado que implicaría por ejemplo el desarrollo o adquisición de tecnología que mejore sus procesos y así ajustarse a los ODS?. Podría pensarse al respecto, en tecnologías innovadoras para minimizar los impactos generados por la contingencia de la hidroeléctrica Hidroituango, teniendo en cuenta que se trabaja para estabilizar y sacar adelante el proyecto, sería una medida que funcionaría, o ameritaría un mejor desarrollo a largo plazo, por lo que no podría pensarse en una solución de este tipo actualmente.

Así, la reflexión versa en que no debería recaer en un mecanismo como estos la definición del conflicto competencial, si no, en un legislador juicioso, y bajo esta advertencia, la Corte exhorta a este crear un mecanismo idóneo para que las comunidades puedan decidir, dejándolas mientras tanto sin herramientas claras.

En consonancia con Sachs:

“... desde una perspectiva normativa podríamos decir que una buena sociedad no es únicamente una sociedad económicamente próspera (con unos elevados ingresos per cápita), sino que ha de ser también **socialmente inclusiva, ambientalmente sostenible y bien gobernada**....La pregunta fundamental es cómo usar nuestra comprensión de las interacciones entre la economía, la sociedad, el medio ambiente y el gobierno para determinar el mejor modo de crear sociedades prósperas, inclusivas, sostenibles y bien gobernadas; en otras palabras, ¿cómo se pueden alcanzar los ODS?...”

Unido a lo anterior, el documento también revela que, los gobiernos que conforman la ONU han adquirido el compromiso de implementar la agenda de desarrollo sostenible, esto es, se habla de retos de gobernanza, retos que implican desarrollo de políticas públicas, que vayan de la mano con los retos en materia de Conocimiento, Tecnología e Innovación. Se dice que, existen retos de adquisición de habilidades de “saber cómo” y en el caso de asimilación de tecnología se requieren habilidades de “saber por qué” para poder transformarlas, algo en lo que muchos países tienen rezagos (ESCAP 2014). Es un punto relevante, en un país donde la destinación del producto interno bruto -PIB- para el área de ciencia y tecnología no es el más alto, escasamente supera el 0.2 por ciento del PIB (Portafolio, 2019).

Pese a esta información, es claro que los esfuerzos no deben partir de una adecuada gobernanza, las empresas juegan un papel vital en la consecución de estos ODS sobre todo en materia ambiental y de producción de energía, y de energía hidroeléctrica esencialmente, pues, es claro también que el discurso no debe centrarse en ser prohibitivo netamente, puesto que el potencial hídrico del país para producir energía es un aspecto clave para entender los retos del sector.

Es cierto también, que el potencial hídrico de un país no es el único factor a tener en cuenta para analizar la producción de energía hídrica, y más en este panorama de desarrollo sostenible, puesto que sectores inmersos alrededor de la actividad como las comunidades ven este potencial amenazado por las hidroeléctricas, a modo de ejemplo debe recordarse la declaración denominada “Las Falsas Promesas de la Energía Hidroeléctrica.”⁴² con ocasión del Congreso Mundial de Energía Hidroeléctrica, que se llevó a cabo el pasado mes de mayo en Paris, Francia.

Contraria a esta percepción del sector, un informe del congreso⁴³ por su parte refleja como hechos claves entre tantos que, en 2018 se pusieron en funcionamiento más de 21,8 gigavatios (GW) de capacidad hidroeléctrica renovable; que la generación de electricidad a partir de proyectos de energía hidroeléctrica alcanzó un récord de 4,200 teravatios hora (TWh) en 2018, la mayor contribución de una fuente de energía renovable, ya que la capacidad de energía hidroeléctrica instalada en todo el mundo aumentó a 1,292 GW, según el informe, y que China agregó la mayor capacidad con la instalación de 8,540 megavatios (MW), seguida de Brasil (3,866 MW), Pakistán (2,487 MW), Turquía (1,085 MW), Angola (668 MW), Tayikistán (605 MW), Ecuador (556 MW), India (535 MW), Noruega (419 MW) y Canadá (401 MW).

Es más que un desafío, lograr un equilibrio como lo plantean tales ODS, sin embargo, es claro que el país debe repensar la forma como ha hecho uso de su potencial hídrico en materia energética. No es justificante absoluto, el decir que dicho potencial conduce obligatoriamente a hacer de esta fuente de generación, la única, ni mucho menos la más eficiente y alineada con la denominada sostenibilidad ambiental, cuando la realidad ha reflejado otra cara.

Ahora, pretender su eliminación de un solo paso, o de manera definitiva, también es una idea que no conduce a equilibrio alguno, porque la idea de

⁴² Esta declaración fue firmada por organizaciones de mas de 100 países, entre las cuales está la Fundación Entropika de Colombia.

⁴³ Informe de Estado de la Hidroelectricidad 2019, sexta edición. Fecha 13 de mayo de 2019. Tomado de: <https://www.hydropower.org/status2019>.

eliminación no conduce a tal propuesta, todo lo contrario, hace que actores que están en la arena, como empresas desplieguen acciones para defender sus intereses económicos, que de una u otra forma deben tenerse en cuenta, para hallar una solución acorde a los intereses de todos, en una medida más o menos ecuánime.

Es claro entonces, que alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible, y sus metas son más que un desafío, puesto que necesariamente conllevan el alinear este tipo de tesis tan abiertamente contrarias. En Colombia, el reto es el mismo, y más cuando estos objetivos de desarrollo sostenible están en una etapa tan primigenia, pero que no es excusa para trabajar arduamente en alcanzarlos, pues son cuestiones que han preocupado al mundo desde hace muchos años, no solo desde la puesta en marcha de estos.

El asunto es que, las comunidades del país seguirán alzando su voz para tratar de oponerse a estos proyectos, el poder judicial y legislativo no van a decidir prontamente una solución al problema, o en caso de hacerlo, que tanta durabilidad en el tiempo se podrá predicar de la misma, si hasta ahora se ha observado un vaivén de incongruencias en las decisiones. Además, el factor económico juega un rol importante, no solo por los ingresos para el país, sino también por las obligaciones que estos proyectos económicos acarrearán en las zonas donde son llevados a cabo.

Desde la participación ciudadana, los impactos de estos proyectos, y una buena gobernanza son asuntos complejos, que como dice Sachs es un error pensar que los problemas de desarrollo sostenible del mundo pueden resolverse con una sola idea o solución, es un cúmulo de fuerzas para lograr un equilibrio entre el desarrollo de esta actividad, y unas comunidades que reclaman su participación cuando de estos se trata, junto con un Estado que por ahora no es claro en materia legislativa y jurisprudencial, para poder buscar soluciones al respecto.

5. CONCLUSIONES

1) La energía hidroeléctrica es una forma de generar energía eléctrica a través del movimiento del agua y la misma se considera una fuente de energía renovable, toda vez que cuando el agua se utiliza para la generación de energía, regresa al ecosistema a cumplir su función, por lo tanto, estamos frente a un recurso natural renovable y a su vez, frente a una práctica controversial que genera efectos transversales, como es la generación de energía hidroeléctrica.

Luego, la consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana que involucra derechos fundamentales y que se ha utilizado con mayor frecuencia desde 2014, según la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo cual ha conducido a importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto. El mayor uso de la misma se ha dado en razón de la pregunta que se han hecho múltiples territorios del país, para consentir o no proyectos que disponen de recursos naturales y que impactan de múltiples formas su cotidianidad, como las centrales hidroeléctricas.

2) El desarrollo sostenible es un concepto holístico, que ha evolucionado y ha generado una visión tripartita que enlaza el desarrollo económico, la inclusión social y la sostenibilidad, planteados estos como pilares interdependientes que se refuerzan mutuamente. Posteriormente, llegan una serie de objetivos que son una extensión de este concepto y se constituyen en 17 planteamientos, todos ellos ocupados del bienestar de generaciones actuales y futuras.

Si bien el desarrollo sostenible junto con sus objetivos, constituyen un marco directriz, para tratar de alinear los impactos derivados de la actividad hidroeléctrica con la sostenibilidad y la inclusión, no implica este una garantía absoluta pues siempre habrá otras cuestiones que resolver que limitan la total alineación.

3) Los Estudios Críticos del Derecho son un movimiento norteamericano que nace en búsqueda de una nueva concepción, interpretación y

enseñanza del derecho. De estos, se desprenden múltiples versiones que han dado lugar a interpretaciones muy amplias e incluso interdisciplinarias del derecho y han permitido entenderlo como un conjunto fluido de normas que atienden siempre a una lectura de la realidad y que ven en el un instrumento político, conforme el Realismo Jurídico, por ejemplo, que es una de las vertientes que más influencia tiene sobre el texto.

Conforme esta corriente, las normas deben estar en una constante reexaminación y evaluación de su adecuación a la realidad, tampoco se puede perder de vista la importancia de un hilo conductor entre ellas, pues su contenido deberá ser una consecución que obedezca a una regulación y lectura de la realidad a través de la norma y no a una expresión deliberada, que se modifique drásticamente entre un pronunciamiento y otro como parece suceder con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, que deja ver las sentencias que emite como una pieza de interés político, pues convierte lo conveniente en lo justo, lo cual resulta evidente por la contrariedad que se da entre los pronunciamientos últimos, esto es, la colisión fuerte y sustancial que presentan en sentencias como la T445 de 2016 y SU095 de 2018.

4) En cuanto al tema de los impactos, hay que decir que estos son transversales y ello implica una verdadera afectación -positiva o negativa- a casi todas las esferas de la vida (económica, social, ambiental, cultural), por tanto estos han conducido a que las comunidades donde tienen lugar proyectos hidroeléctricos se vean abocadas a hacer uso de las herramientas que trae el ordenamiento jurídico colombiano, como el mecanismo de participación ciudadana denominado consulta popular para dar cuenta de un empoderamiento de sus territorios.

5) Luego, determinar la verdadera injerencia de una consulta popular, como herramienta para decidir sobre el desarrollo de un proyecto hidroeléctrico en un determinado territorio da lugar a una serie de

tensiones que pueden resumirse en dos. De un lado, se tiene la autonomía de las entidades territoriales versus el Estado unitario y de otro lado el servicio público y la declaratoria de utilidad pública. Cada uno de los anteriores conceptos se ven abocados cuando se analiza la práctica de la generación de energía hidroeléctrica y también los mismos colisionan en algún momento, e implican una discusión jurídica relevante.

6) Ahora bien, la ciudadanía enfrenta grandes retos, de un lado con relación al sector visto este desde la óptica del desarrollo sostenible, que como vimos plantea siempre una serie de objetivos y pilares interdependientes entre sí y de otro lado, en cuanto al mecanismo de participación ciudadana, esto es, la consulta popular, que implica desde múltiples dimensiones el ejercicio de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Álvarez & Tamayo (2005) El Sistema Electrónico de Contratos de Largo Plazo en el Mercado de Energía Eléctrica en Colombia” Estudios en Microeconomía Aplicada de la Universidad Eafit.

Bobbio, N., & Guerrero, J. (1991). Teoría general del derecho (Vol. 9). Madrid: Debate.

Cifuentes, E. (2002). Jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 283-317.

Colciencias (2016) Departamento Administrativo de Ciencia, tecnología e innovación, Colombia el segundo país más biodiverso del mundo, disponible en: https://www.colciencias.gov.co/sala_de_prensa/colombia-el-segundo-pais-mas-biodiverso-del-mundo

Congreso de la República, Ley 142. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html..

Congreso de la República, Ley 143. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0143_1994.html

Congreso de la República, Ley 1715 de 2014, artículos 11 al 14. Tomada de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1715_2014.html

Constitución Política de Colombia, 1991, Temis

Corominas, J. (2010). Agua y energía en el riego, en la época de la sostenibilidad. *Ingeniería del agua*, 17(3), 219-233.

Corte Constitucional, Sentencia C – 035 de 2016. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los artículos 20, 49, 50 (parcial),.

Corte Constitucional, Sentencia C - 123 de 2014. MP: Alberto Rojas Ríos. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la ley 685 de 2001 y del artículo 2º (parcial) del decreto 0934 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia, C-273/16. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones." Demandante: Luis Guillermo Osorio Jaramillo y otros

Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencias C-150 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Chavarro (2017) Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Colombia y el aporte de la ciencia, la tecnología y la innovación" (Diciembre / 2017). Apoyo de Colciencias – Subdirección General – Unidad de Diseño y Evaluación de Políticas.

Daly, H. & Von Droste, B. (1997). Medio ambiente y desarrollo sostenible: más allá del informe Brundtland (No. 333.7 MEDamb).

Global Water Partnership (2005), disponible en <https://www.gwp.org/fr/GWP-Sud-America/ACERCA/por-que/PRINCIPALES-DESAFIOS/Recursos-hidricos-de-Sudamerica/>.

Goyeneche (1995). Publicación del archivo del diario EL TIEMPO digital "Hidroeléctricas, problema o solución, 7 de octubre de 1995. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-416567>

Kennedy, D. (1993). Notas sobre la Historia de los" Critical Legal Studies" en los Estados Unidos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (25), 103-108.

Las dos orillas (2017) Reporte de prensa sobre “Hidroeléctrica de Ituango: beneficios y consecuencias”. Escrito por Alejandra Echavarría Giraldo. Fecha: junio 30, 2017. Tomado de: <https://www.las2orillas.co/hidroelectrica-ituango-beneficios-consecuencias/>

Ministerio de Minas (1974), disponible en:

<https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/655199/Decreto-636-1974.pdf/8609a8fa-4435-4d58-a2cf-ddf34b8d6342>

ONU (2012) ¿Qué es «Río+20»? , disponible en:

<https://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml>

Osorio (2003) Derecho de aguas. Universidad Externado de Colombia. Primera edición

Portafolio(2019) Informe de prensa “Sabios deben lograr 1,5% del PIB para ciencia y tecnología”. Disponible en <https://www.portafolio.co/economia/sabios-deben-lograr-1-5-del-pib-para-ciencia-y-tecnologia-526227>

Sachs J. (2017). Conferencia Desafíos globales para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible UCM, disponible en:

<https://www.youtube.com/watch?v=XgIOXQ7RKW0>

Sachs, J. D., & Vernis, R. V. (2015). La era del desarrollo sostenible. Deusto.

Unger, P. W. (1975). Water Retention by Core and Sieved Soil Samples 1. *Soil Science Society of America Journal*, 39(6), 1197-1200.

UPME (2015) Atlas Potencial Hidroenergético de Colombia. Año 2015.

Realizado por: Unidad de Planeación Minero Energética – UPME; Pontificia Universidad Javeriana -PUJ y otros.

Velásquez, W., “Hacia una investigación jurídica integrativa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 122, 2008,

Vélez L. (2011), Universidad. EAFIT. Disponible en:

<http://luisquillermovelezalvarez.blogspot.com/2011/09/breve-historia-del-sector-electrico.html>

Villamil, M. & Bautista, W. (2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia juris*, 11(1), 52-62.