Resumen

El presente artículo busca dar a conocer las fisuras jurídicas en la legislación ambiental colombiana respecto a permisos de estudio de uso de recursos hídricos, especialmente en proyectos hidroeléctricos, encontradas en el trabajo de investigación del mismo nombre. Se recurrió a la investigación de tipo analítico, pues se partió de la normativa en general y se profundizó en los casos particulares. Seidentificaron las dificultadesinterpretativas en la norma tanto a nivel estrictamente jurídico como institucional.

La última parte del trabajo consiste enproposiciones que a partir de las cuales se puede iniciarse el proceso de superación de las dificultades identificadas.

Palabras Clave

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

Abstract

This article seeks to raise awareness of the legal cracks in environmental laws regarding study permissions for the use of water resources, especially in hydroelectric projects, found in the research work of the same name. It was used the analytical investigation, starting in general rules and deepened in particular cases. Interpretative difficulties were identified in both standard strictly legal and institutional.

The last part of the work contains propositions from which one can begin the process of overcoming the difficulties identified.

Key Words

Environmental law, water resources, environmental study permissions, hydroelectric projects, Water, Juridical cracks.

Fisuras jurídicas en los permisos de estudio ambientales para proyectos hidroeléctricos*

Legal cracks in the environmental study permits for hydroelectric projects

(Recibido: julio 27 de 2010. Aprobado: septiembre 16 de 2010)

Enrique Santander Mejía**

Introducción

El problema que se buscó resolver con la investigación, ya concluida fue: ¿Cuáles son las fisuras jurídicas existentes en la legislación ambiental colombiana respecto de los permisos de estudio para uso de recursos hídricos en proyectos hidroeléctricos?

Para adelantar la investigación, se aplicó el método analítico, en el que se partió de la Teoría del Desarrollo Sostenible, la Constitución Política, el Código de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente y las normas que se relacionan directa o indirectamente con el tema de los permisos de estudio ambientales, para encontrar las fisuras jurídicas en especial para los casos concretos de proyectos hidroeléctricos.

La investigación de la que deriva este artículo se dividió en momentos siendo el primero la identificación de fuentes primarias y secundarias, seguido por el segundo momento, la Depuración y análisis de la información, el tercero consistente en la lectura crítica de los textos seleccionados y el cuarto momento, la muestra de los resultados de la investigación.

La situación fáctica que motivó el problema estudiado fuela avalancha de peticiones de concesiones y licencias para generación hidroeléctrica, que se ha presentado recientemente,lo que al parecer está propiciando el fenómeno de especulación sobre las fuentes hídricas involucradas, al incrementarse la construcción de microcentrales de energía en las zonas de potencial hidroeléctrico.

La gran cantidad de solicitudes, realizadas de manera legal, va más allá de copar la capacidad institucional de las autoridades ambientales

* Artículo derivado del trabajo de investigación: "Fisuras jurídicas en los permisos de estudio del recurso hídrico para proyectos hidroeléctricos", 2010.

** Abogado de la Universidad de Caldas, en Colombia, Profesor de Derecho Ambiental de la facultad de Ciencias Jurídicas, Programa de Derecho, Universidad de Manizales y consultor en Derecho Ambiental de entidades públicas y privadas. Autor del libro: Instituciones de Derecho Ambiental, Editorial ECOE. Correo: asesorjuridico@une.net.co

encargadas de otorgar este tipo de permisos, Corporaciones Autónomas Regionales, y trasciende a fenómenos de acaparamiento que se empiezan a insinuar, porque existen casos de numerosos pedidos de permisos de estudio en cabeza de una sola persona, directamente o a través de diferentes figuras como sociedades.

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

El gran volúmen de solicitudes poco fundamentadas bloquean a quienes eventualmente ya tenían información sobre las cuencas y fuentes y no habían pedido el permiso de estudio, puesto que hay interesados en bloquear esas fuentes temporalmente para atender el tema de las licencias y valorizar los proyectos.

Con muchos de los permisos radicados se pueden presentar abusos quedando la duda sobre la equidad existente entre quien simplemente solicita autorización de estudio sin criterios técnicos consolidados, frente a quien presenta un estudio técnico soportado, pidiendo una licencia ambiental o concesión de aguas.

El análisis normativo del trabajo, partió desde la Constitución Política Colombiana, que además de la profusión de artículos de índole ambiental, inscribe al país en el modelo político económico del Desarrollo Sostenible, propuesto por primera vez por la Comisión Bruntland en 1983, teoría según la que es posible aprovechar los recursos del ambiente siempre que se garantice su existencia para las generaciones futuras. Esta misma comisión indica en otro de sus apartes que "el desarrollo sostenible es no solamente una meta sino un proceso" (Bao, 1999, p.9).

El presente artículo sigue por tanto, la línea teórica del Desarrollo Sostenible, partiendo de la Constitución Política Colombiana, e incorporando como elementos de análisis, el Código de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente y la principal legislación ambiental relativa al recurso hídrico, sin confundirlo con "desarrollo sostenido", en el cual lo que se busca es mantener un mismo ritmo de explotación, de protección de consumo o de crecimiento inmodificable por el tiempo que el recurso dure, así se acabe en determinado tiempo. No propende por la conservación, sino por la explotación. (Chaux, 1993).

Algunas actuaciones de autoridades ambientales encargadas de la administración y manejo de los recursos naturales renovables en Colombia, evidencian la falta de unificación y el caos que existe en el régimen de

permisos ambientales de estudio del recurso hídrico para proyectos hidroeléctricos, así como algunos esfuerzos aislados para remediar la situación.

Como implicación práctica delainvestigación puede decirse que a partir de sus conclusiones, las autoridades encargadas de otorgar y reglamentar los permisos de estudio pueden encontrar elementos para lo uno o lo otro. Otro importante aporte, y como implicación teórica, consiste en el apoyo interpretativo que puede ayudar a evitar la apropiación abusiva del recurso hídrico.

El trabajo de investigación realizado es importante en cuanto contribuye a la solución de los conflictos que se están presentando en el uso de agua asociada a proyectos hidroeléctricos, que pueden afectar el recurso hídrico en calidad y cantidad, y el hecho de identificar dentro del proceso cuáles son las fisuras jurídicas puede dar pautas para una interpretación y aplicación adecuada al objetivo de la norma.

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

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

Con el interés económico que se despertó sobre fuentes hídricas con potencial hidroeléctrico, se facilita la aparición de fisuras o dificultades interpretativas en los permisos de estudio ambientales de recursos hídricos que son aprovechadas para debilitar la norma, y que es elemento central de la investigación, pues a pesar que una norma se considere completa, clara, definitiva, de sentido indiscutible, cuando se pretende darle un giro para que se aplique en satisfacción de un interés concreto, se fuerza al límite de fisurarla para dotarla de solidez aparente. La fisura de la norma permite su interpretación, con un sentido que la desnaturaliza para salvar una coyuntura especial, modulándose su alcance.

El interés inusitado que obtuvieron en los últimos dos años los permisos de estudio de uso de agua para proyectos de generación, se debe a la facilidad que la norma predica para obtenerlos, y la ventaja que sobre los competidores obtiene quien es titular, es decir, con un mínimo esfuerzo se logra casi el mismo beneficio de una licencia ambiental, al menos en cuanto a la aparente posición como dueño de un proyecto. A partir de las solicitudes de permisos, que antes no habían tenido que tramitar las Corporaciones, se comenzaron a percibir interpretaciones diferentes por cada Corporación a que se acudió, siendo estos pronunciamientos discordantes, lo que han desordenado desde lo jurídico, los permisos de estudio de recurso hídrico para electricidad. Estos pronunciamientos básicamente se referían al otorgamiento de permisos sobre cuencas y no sobre fuentes, los conflictos de competencias y el papel del Ministerio de Ambiente.

A manera ilustrativa tenemos cómo dos Corporaciones Autónomas Regionales limítrofes como CORPOCALDAS (Caldas) y CORNARE (Antioquia), que han sido los casos más representativos identificados en el trabajo, al interesarse ambas en proyectos al oriente del departamento de Caldas en límites con Antioquia, en la cuenca del río Guarinó, consideran la cuenca como recurso natural renovable. A petición de la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. y la Gobernación de Caldas, ambasinteresadas en proyectos hidroeléctricos, de estudiar una cuenca u hoya hídrica que se encuentra en jurisdicción de estas corporaciones, iniciaron el trámite del permiso de estudio del recurso hídrico de las cuencas. En caso de que ese permiso se hubiera otorgado, una sola empresa de carácter privado, hubiera congelado por 2 años el otorgamiento de concesiones de agua para producción hidroeléctrica proveniente de la cuenca estudiada, que sólo en el departamento de Caldas cubrían más de 64.000 Has. La solución final, ante el choque de la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. y la gobernación de Caldas, ambos interesados en desarrollar el potencial hidroeléctrico, fue negar a ambos los permisos de estudio, e indicaarles que solictaran las respectivas licencia ambientales ante el Ministerio.

Esta interpretación del concepto de recurso natural renovable y la inclusión de la cuenca como uno de ellos, permite el abuso y la monopolización de las fuentes a favor del primer solicitante, pudiendo frenar o al menos desacelerar, el desarrollo hidroeléctrico del país, y de alguna manera privatiza el agua de una amplia zona geográfica, para un uso económico de importancia, a favor de una empresa privada que en el momento es nacional, pero que con un proceso de venta puede ser de mayoría accionaria privada y extranjera.Cada vez es más difícil llevar a cabo proyectos gigantescos de manejo del agua- con toda la reorganización del entorno y de las personas que dichos planes conllevan-, ya que provocan malestar popular. (Black, 2005.).

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

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

Resulta claro que la ley diferencia cuenca de fuente, siendo la primera un área geográfica donde confluyen muchas fuentes, y tiene más elementos naturales aparte de agua, mientras que fuente es una corriente natural continua o intermitente de agua, que discurre por un cauce, que tributa a otra o al océano o se evapora y que siempre pertenece o está asociada a una cuenca. Para que una fuente sea de interés hidroeléctrico, deberá tener un caudal considerable que garantice el abastecimiento del embalse o la energía para mover estructuras mecánicas.

Concurrencia de competencias

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

legislación vigente prevé qué entidades deben ejercer la coordinación y control de todos los participantes en el uso y control del agua, esta no ha sido muy eficiente. (Parra, 2006.).

Como se evidencia, y de manera equivocada, se pretenden aplicar normas de concurrencia de competencias que son específicas para licencias ambientales y que las dirime el Ministerio del Ambiente, por expresa remisión legal, a los permisos de estudio, cuya concurrencia de competencias debe ser dirimido por el Consejo de Estado, puesto que así lo establece la norma de carácter general. Sin una autorización expresa, la norma que es exclusiva para el asunto específico de licencias ambientales, no debe aplicarse para otros trámites ambientales, máxime cuando existe una norma general aplicable a cualquier caso de concurrencia de competencias, y entre cualquier tipo de entidades de la administración pública como lo son las Corporaciones Autónomas.

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

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

Intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

La posición oficial del Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, acerca de los permisos de estudio, es que las autoridades ambientales deben abstenerse de tramitarlosen cuanto se trate de futura producción de energía hidroeléctrica;el Ministerio no sólo fija oficialmente esa posición sino que pretende obligar a la Corporaciones Autónomas a no otorgar dichos permisos sin tener en cuentaque dentro del régimen de Autonomía que tienen las Corporaciones, el

Ministerio de Ambiente no está en capacidad de emitirle órdenes, y mucho menos exigir la inobservancia de una norma que no ha sido ni derogada, ni suspendida, como lo es el Artículo 56 del Código de Recursos Naturales.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo expuesto, en consideración a las apreciaciones del Ministerio del Ambiente, Corpocaldasreglamentó el otorgamiento de permisos de estudio, licencias y concesiones con fines de generación de energía hidroeléctrica. En caso de los permisos de estudio este es el proceder correcto, pues se aparta del mandato del Ministerio de Ambientey muestra la intención de la Corporación de salirle al paso a la crisis, en beneficio de los usuarios que estaban solicitando los permisos. La reglamentación predica la posición de autonomía que pretendió la Constitución y la Ley para las Corporaciones Autónomas y demostró la capacidad técnica para analizar solicitudes que en principio son complejas.

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

Tampoco se intentaron solucionar con la resolución, asuntos de trascendental importancia, como lo son el tema de los permisos por cuenca o por fuente, prelación de solicitantes, cuando estos son por ejemplo, personas de derecho público, etc.

Proyecto de decreto de permisos de estudio para producción hidroeléctrica

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

El Ministerio del Ambiente, intentó reglamentar los permisos de estudio de recursos hídricos para producción hidroeléctrica, con un proyecto del año 2009. Este proyecto de Decreto, no se ha materializado

hasta ahora, pero contenía elementos importantes en el desarrollo de la figura como son el orden de prioridades en el otorgamiento de los permisos, conveniencia de la preservación ambiental, la necesidad de mantener las reservas de recursos y los beneficios y costos económicos y sociales de cada proyecto y el plan de ordenamiento y manejo de la cuenca, la definición deun procedimiento con términos temporales perentorios, la colisión o concurrencia de competencias entre Corporaciones que pueden otorgar un permiso de estudio.

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

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

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

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

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

En la primera parte del Decreto se mencionan dos aspectos que pueden ser de importancia también al momento de reglamentar los permisos de estudio de recursos hídricos para generación hidroeléctrica, como son la consideración de que los recursos naturales renovables hacen parte de la soberanía nacional y otra relacionada con la simplificación de trámites al prescribir que se deben abreviar los permisos, autorizaciones, investigaciones, eliminando toda regulación, trámite o requisito que dificulte el desarrollo de las mismas.

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

El Decreto de permisos de estudio para recursos hídricos con fines de producción energética, podría adaptar algunos elementos del Decreto 309 de 2000, tales como una exención del permiso a entidades públicas relacionadas con la diversidad biológica que el caso del recurso hídrico para producción energética la exención debería ser para las entidades relacionadas con la planeación energética, la unificación de los permisos para personas jurídicas interesadas en adelantar dos o más proyectos hidroeléctricos para que los tramiten un sólo acto que incluya todos los proyectos, siempre y cuando éstos se encuentren en áreas institucionales de generación, la solución de conflicto de competencias en caso de que los estudios se desarrollen en jurisdicción de dos o más de las autoridades ambientales, el trámite sumario de los permisos de estudio que se requieran de manera inmediata en caso de riesgos potenciales de desabastecimiento de energía, consideraciones especiales para solicitantes que sean personas jurídicas extranjeras, la prohibición de comercializar o especular en el mercado con los resultados del permiso de estudio de recurso hídrico y la propiedad intelectual de los resultados de los estudios y el acceso que competidores puedan tener a estos por intermedio de la autoridad que otorga el permiso, obligando a que cualquier información que sea aportada por el solicitante o titular del permiso de estudio y que constituya secreto industrial, será mantenida en confidencialidad por la autoridad ambiental competente.

El ejercicio hecho por el Ministerio del Ambiente, respecto de permisos de estudio para diversidad biológica, puede replicarse con los permisos para producción energética, teniendo en cuenta que a pesar que se trata de objetos totalmente diferentes, comparten el origen legal en el Código de Recursos Naturales, y se diferencian en el tipo de recurso a estudiar, estando el de recurso hídrico, bajo una presión especial, pues se le da más importancia al permiso per se, y el bloqueo a otras solicitudes por un término de tiempo, que al resultado mismo de los estudios.

Fisuras jurídicas en los permisos de estudio ambientales para proyectos hidroeléctricos detectadas

En vista que los permisos de estudios ambientales para uso de aguas con propósitos hidroeléctricos no han sido reglamentados tal como sucedió con los permisos de estudio para la investigación científica, (Decreto 309 de 2000) su aplicación práctica presenta grandes dificultades que se originan principalmente en la novedad del uso del instrumento pues a pesar que la norma proviene de 1974, no había tenido aplicación práctica, hasta que el mercado de la energía eléctrica se hizo interesante, (alrededor de 2008) y las empresas con interés hidroeléctrico, a través de este instrumento de sencilla obtención obtenían al menos en apariencia, la propiedad del proyecto, y de las aguas en cuencas completas.

El valor económico que para un empresario del campo hidroenergético, representa ser titular de un permiso de este tipo, hace que exista presión de conglomerados económicos fuertes, ante Corporaciones Autónomas que muchas veces no cuentan con personal con un criterio jurídico lo suficientemente sólido puede inclinar la interpretación a favor del empresario; igualmente la competencia empresarial y la búsqueda de ubicación ideal parahidroeléctricas en áreas con conocido potencial hidroeléctrico, han llevado a que los proyectos se excluyan, es decir, varios interesados en un área para desarrollar centrales eléctricas, quieren obtener los permisos ambientales que les den titularidad sobre los proyectos, esgrimiendo sus criterios de interpretación que los favorezcan para que se otorgue su permiso.

Otro punto de ruptura consiste en la aplicación laxa que las autoridades ambientales dan al alcance de los permisos de estudio, al otorgarlos sobre cuencas y no sobre fuentes, pues los permisos de estudio se deben dar sobre recursos naturales renovables, es decir fuentes hídricas, y los interesados en proyectos de hidroenergía para tomar áreas mayores los piden sobre cuencas, permitiéndolo las autoridades ambientales, que hacen equivaler cuenca hidrográfica a fuente hídrica, caracterizado la cuenca su extensión, su ubicación geográfica, el número de afluentes del río, su suelo, su geología, la cantidad y distribución de la lluvia en ella, su cobertura vegetal, su explotación, sus propietarios, su degradación, sus programas de recuperación y de protección, etc. (López, 2003.).

De igual forma, y ya en el campo institucional, se presentan concurrencias de competencia para el otorgamiento de los permisos, toda vez que muchas de las fuentes que pueden servir para abastecer un proyecto hidroeléctrico son compartidas o limítrofes entre corporaciones autónomas y en consecuencia los interesados en desarrollar proyectos tratan que su permiso ambiental de estudio, lo otorgue la Corporación que

más proclive se haya mostrado a aceptar sus interpretaciones legales de las normas de permisos de estudio, entonces en una definición de competencias se intenta que se le asigne a esa autoridad. Se ha minimizado el efecto de excluir una fuente de sus usos hidroeléctricos por el tiempo en que se realizan los estudios y los interesados en los proyectos pretenden que los permisos de estudio ambientales reserven las áreas de estudio más extensas posibles, para poder ubicar la mayor cantidad de presas, embalses, trasvases etc., durante los dos años que dura esa reserva. Este abuso que se presenta en la reserva de la fuente, puede evitarse si las Corporaciones Autónomas Regionales hicieran uso de las facultades reglamentarias para definir criterios de otorgamiento e interpretación de las normas de permiso de estudio, siendo esta omisión en reglamentar, una ventaja para las empresas hidroeléctricas, que al tramitar los permisos, aprovechan la falta de normatividad para que la interpretación de los artículos del Código les sea favorable, y haya cierta capacidad de maniobra y así se les otorgue lo que pidieron.

El permiso de estudio se ha instrumentalizado, y su verdadero fin no es ejecutar estudios reales, puesto que en la mayoría de los casos esos estudios ya existen, sino que buscan reservar la fuente hídrica por un tiempo, sin una gran inversión y especular en el mercado energético con ese permiso, aprovechando la propiedad virtual que este da. Las hidroeléctricas tienen algún tipo de estudios previos, pero los proyectos los tenían en hibernación, sin tramitar licencia ambiental y se pretende legalizar estos estudios, mediante el permiso, pero en realidad no pretenden ejecutar o llevar a cabo ningún estudio real.

La falta de planeación en el sector eléctrico del país obliga al empresario de la energía a competir, pues no se establece un sistema pautas para definir qué empresa o tipo de empresa va a ejecutar un proyecto determinado. Muchos dueños de proyectos hidroeléctricos, aprovechan la falta de unificación, y son las Corporaciones Autónomas, las que, a través de los permisos de estudio, deben externalizar la propiedad del proyecto, función esta que debe ser de la entidad encargada de la planeación energética del país. Los permisos ambientales son instrumentalizados para dotar de un título de propiedad a las personas o empresas interesadas, así su intención de desarrollarlo no sea completamente seria.

La activa participación ciudadana y de grupos de presión ambientales, en todo lo relacionado con proyectos de generación hidroeléctrica ha permitido que interesados intervengan en su trámite, constituyéndose como terceros con interés, y esgrimen argumentos que por lo general son contrarios a los intereses de los empresarios, tratando de influir la decisión de la Corporación para que el permiso sea negado.

El Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el tema de permisos de estudio para proyectos hidroeléctricos, ha asumido una errática posición pues al no ser superior jerárquico de

los Corporaciones, no tiene capacidad legal para expedir permisos de estudio, pero interfiere con respecto al tratamiento que debe darse a estos, y es el escenario donde las grandes empresas hidroeléctricas tienen capacidad de cabildeo, tratando de direccionar las decisiones de las Corporaciones a través del Ministerio.

Consideraciones finales

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

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

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

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

El Ministerio de Ambiente, al predicar la inaplicabilidad de la horma de permisos de estudio, está en capacidad de demandar la norma de inexequibilidad ante la Corte Constitucional con base en los argumen-

tos que esgrime para que no se aplique, y puede también solicitar un concepto con autoridad ante el Consejo de Estado, para que le aclare acerca de la vigencia de la norma, su aplicabilidad, la necesidad o no de procedimiento, si se pueden otorgar permisos de estudio de recurso hídrico para cuencas o si se deben restringir a fuentes y si el Ministerio es competente para dirimir los conflictos de competencia.

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

Bibliografía

ANGEL, Gustavo. (2002). El retorno de Icaro La razón de la vida. Bogotá. PNUD.

AVILA, Esperanza. (1996) Licencias Ambientales Aproximación Práctica. Bogotá Fescol.

BAO, M. (1999). Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Discurso inaugural lido na solemne apaertura do curso académico 1999/2000. Santiago de Compostela: Universidade. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico.

BROWN, L. (1994). ¿Quién alimentará la China? Madrid. Instituto de políticas de la tierra.

BLACK, M. (2005). El secuestro del agua. La mala gestión de los recursos hídricos. Barcelona. Intermón Oxfam.

LÓPEZ, J. C. (2003). El agua que nos cae. Gestión de los sistemas hídrico-eléctricos: tensiones entre lo público y lo privado (1890-1980). Medellín. Universidad EAFIT.

MATEOS, Antonio. (1992). Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente. Madrid. Editorial Colex.

MORCILLO, Pedro Pablo. (1994). La Legislación Ambiental en Colombia: Operancia y Aplicabilidad. Cali. Ediciones Universidad del Valle.

NOGUERA, Ana Patricia. (2007). Emergencia de un pensamiento ambiental alternativo en América latina. Manizales. Universidad Nacional.

OST, Francois. (1996). Naturaleza y Derecho Para un debate ecológico en profundidad. Paris. Ediciones Mensajero S.A.

OSORIO, A. (2003). Derecho de aguas tomo 1 Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963 – 2003 los impactos ambientales asociados a la construcción y operación de grandes centrales hidroeléctricas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

PARRA, E. (2006). Manejo del agua en Colombia: Reflexiones Exceso de legislación y falta de instrumentos para aplicarla. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

PEREZ, Efrain. Derecho Ambiental. (2001). Bogotá. Mc Graw Hill.

SANTANDER, Enrique. (2002). Instituciones de derecho ambiental. Bogotá. ECOE.

SERRES, Michel. (1991). El contrato natural. Valencia. Pretextos.

RODAS, Julio Cesar. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. (1995). Bogotá. Tercer Mundo Editores.

RODRIGUEZ, Sandra. (1997). Mecanismos Jurídicos de la Protección Ambiental. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

ROJAS GONZALEZ, German. (1979). Política y Legislación del Medio Ambiente en Colombia. Bogotá. Ediciones Futuro S.A. "EFSA".

URIBE, H. B. Las aguas ante el derecho positivo colombiano. Bogotá. Cronos.

VELÁSQUEZ, L. G. (2000). Bienes. Bogotá. Temis.

VILLAR, L., CARRIZOSA J., SÁNCHEZ, R., et al. (2004). Evaluación y perspectivas del código nacional de recursos naturales en Colombia en sus 30 años de vigencia. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

WILCHES, Ch. G. (1993). Y qué es eso, desarrollo Sostenible. Florencia: Corpes Amazonía.

VASCO, G. (1953). La reglamentación de las aguas de uso público, en el Código Civil colombiano. En: *Revista jurídica órgano de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Nacional y de la sociedad jurídica* Nº 22. pp. (117-124)

Congreso General de la República. (2002).Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Tercera Edición. Bogotá: Legis.

Congreso General de la República. (1986).Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al medio ambiente. Segunda Edición. Decreto 2811 de 1874. Bogotá: TEMIS.

Asamblea Nacional Constituyente. (2009).Constitución Política de Colombia. Primera Edición. Bogotá: Palma.