



**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO EN MATERIA
MEDIOAMBIENTAL - CASO HIDROELÉCTRICA EL EDÉN**

**Juan Manuel Alvarán Rivas
Juan José Duque Díaz**

Director: Dr. Carlos Alberto Arias Aristizábal

**Universidad de Caldas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Julio de 2022

Agradecimientos

Al Dr. Carlos Alberto Arias, por guiarnos en este proceso académico.

A nuestras familias, por ser fuente de amor y compañía.

CONTENIDO

Introducción	5
---------------------	----------

CAPÍTULO I

Contexto de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia	
a. Responsabilidad Estatal en materia ambiental en el derecho comparado	12
i. España	12
ii. Francia	13
iii. Italia	15
b. Responsabilidad Estatal en materia ambiental en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886	15
i. Ley 23 de 1973	17
ii. Decreto Ley 2811 de 1974	18
iii. Jurisprudencia	19
c. Constitucionalización de la protección al medioambiente y de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia (Constitución Política de 1991)	21
i. Proclamación de la Constitución Política de Colombia de 1991	22
ii. Legislación en materia ambiental en Colombia	26
d. Noción de la responsabilidad del Estado y sus elementos estructurantes	31
i. Daño antijurídico	32
ii. Imputación jurídica y fáctica	32
iii. Títulos de imputación relevantes para el caso objeto de estudio, según la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano	33

CAPÍTULO II

Contexto y desarrollo de los proyectos de generación de energía a partir del recurso hídrico. Caso Hidroeléctrica el Edén	
Contexto y desarrollo de los proyectos de generación de energía a partir del recurso hídrico. Caso Hidroeléctrica el Edén.	36
a. Generación de energía eléctrica en Colombia a partir del agua	37

i.	Tipos de hidroeléctricas y sus formas de generación de energía	37
ii.	Importancia de la generación de energía para el desarrollo económico y humano	38
iii.	Impactos ambientales y sociales	39
b. Marco normativo y autoridades ambientales		42
i.	Marco normativo de las hidroeléctricas en Colombia	43
ii.	Autoridades ambientales y sus obligaciones en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos	45
c. Proyectos Hidroeléctricos en Colombia		50
i.	Central Hidroeléctrica Ituango	50
ii.	Central Hidroeléctrica Guatapé	52
iii.	Proyectos Hidroeléctricos en el Oriente del Departamento de Caldas	53
d. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de hidroeléctricas		54

CAPÍTULO III

Responsabilidad del Estado colombiano y de la Central Hidroeléctrica el Edén en materia medioambiental		
a.	Contexto del proyecto hidroeléctrico el edén	57
i.	Hechos relevantes para el caso en concreto	58
ii.	Impactos ambientales y social	61
iii.	Acciones constitucionales y legales presentadas a razón de la construcción de la Hidroeléctrica el Edén	67
b.	Razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable a La Central Hidroeléctrica el Edén	74
c.	Razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano	76
Conclusiones y/o recomendaciones		82
Referencias		86

INTRODUCCIÓN

En noviembre del año 2010, La Sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A. (LATINCO S.A.) solicitó a la Corporación Autónoma Regional de Caldas “CORPOCALDAS” la expedición de licencia ambiental para la construcción y puesta en marcha de la hidroeléctrica el Edén, entre los municipios de Manzanares, Pensilvania y Marquetalia.

El 04 de mayo de 2011 CORPOCALDAS concedió la licencia ambiental a la sociedad LATINCO S.A.; luego, en septiembre del 2011, esta autoridad ambiental autorizó la cesión de la licencia ambiental a la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P.

En noviembre del año 2011, la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P. radicó solicitud ante CORPOCALDAS para que la licencia inicialmente otorgada fuera modificada, con el objetivo de hacer cambios estructurales y complementarios a todo el proyecto. Dicha modificación implicaba la complementación de los estudios de impacto ambiental en la zona, motivo por el cual, 21 meses después, CORPOCALDAS autorizó la modificación a la licencia ambiental otorgada en 2011; finalmente, la hidroeléctrica comenzó su operación el 02 de marzo del 2017.

Desde el inicio de la construcción de la hidroeléctrica se presentaron múltiples reclamos por parte de los habitantes de las zonas aledañas, especialmente quejas provenientes de los residentes del Corregimiento Bolivia (Pensilvania, Caldas), frente a la afectación del recurso hídrico, pues se empezó a presentar el desecamiento de las quebradas, manantiales y afluentes, a lo que La Hidroeléctrica el Edén argumentó que el origen de esta problemática se daba con ocasión al “fenómeno del niño”.

El “fenómeno del niño” terminó y el desabastecimiento del agua se sigue presentando a la actualidad, así como otras graves afectaciones al medioambiente, a saber: contaminación de nacimientos de agua, destrucción de vías, disposición final de aguas sobre laderas y afectación a la flora, fauna y organismos bióticos.

Los habitantes de la zona de influencia manifiestan que encuentran vulnerados sus derechos fundamentales y colectivos, pues no pueden desarrollar sus actividades cotidianas, agropecuarias y cafeteras con normalidad; también, se presenta devaluación de los predios, llegando en algunos casos a darse el denominado “desplazamiento ambiental”. Esto conllevó a que se radicarán entre los años 2015 y 2018 las acciones legales pertinentes encaminadas a la protección de los derechos colectivos y reparación de los daños.

Conforme a lo anterior, en el presente trabajo de grado se procederá a analizar la responsabilidad medioambiental del Estado Colombiano a partir del caso de la Central Hidroeléctrica el Edén, de la siguiente manera:

En primer lugar, se hace un análisis a la responsabilidad del Estado en materia medioambiental en el derecho comparado, en los casos de España, Francia e Italia. Luego, se exponen las características más relevantes de la Responsabilidad Estatal medioambiental en Colombia en vigencia de la Constitución de 1886, para posteriormente exponer la constitucionalización de la protección del medioambiente y de los elementos que permiten establecer la responsabilidad del Estado en la materia. Finalmente, se describe la noción de la responsabilidad del Estado y sus elementos estructurantes.

En segundo lugar, se expone el contexto y desarrollo de los proyectos de generación de energía a partir del recurso hídrico, para lo cual, se describe la importancia de la generación de energía, los tipos de hidroeléctricas, el marco normativo de este tipo de proyectos en Colombia, las autoridades ambientales y sus obligaciones. Luego, se hace un recuento de los proyectos hidroeléctricos desarrollados en Colombia, para finalmente exponer la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de hidroeléctricas.

En tercer lugar, luego de poner en contexto la responsabilidad del Estado en la materia y el desarrollo de proyectos hidroeléctricos, se procede a reflexionar frente al caso en concreto, enunciando los hechos relevantes, impactos ambientales y sociales, y las acciones constitucionales y legales presentadas por los habitantes de la zona. Después, se analizan las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales

se podrían encontrar responsables al Estado Colombiano y a la Hidroeléctrica por los daños medioambientales ocurridos.

Todo lo anterior permite presentar en último lugar las conclusiones y/o recomendaciones a las que se llegó con el presente trabajo de grado.

Descripción del problema

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se elevó a rango constitucional la protección al medioambiente y los recursos naturales, principalmente con la consagración al derecho a un medioambiente sano, el saneamiento ambiental como servicio público y la asignación de deberes y obligaciones al Estado y a los particulares para garantizar la materialización de tan importante derecho.

Conforme a lo precedente, se creó el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, y de autoridades ambientales encargadas de la planeación, conservación y defensa ambiental. También, se dio la creación de acciones constitucionales que permitan la protección del medioambiente y derechos colectivos.

La legislación ambiental se ha encargado de definir las autoridades ambientales, sus competencias, los trámites y requisitos para la expedición de licencias ambientales, siendo esto de gran importancia, pues se entienden estas últimas como los guardianes del medioambiente, lo que implica que actuaciones o autorizaciones sin observancia de los principios de prevención y precaución pueden conllevar a consecuencias graves e irreparables.

Ahora bien, la obligación de las autoridades medioambientales no se limita a expedir las licencias ambientales con especificaciones jurídico-técnicas adecuadas, pues la Constitución Política de 1991 y las normas vigentes en el ordenamiento jurídico, imponen una “carga” a las autoridades, de modo que es su deber, emplear todas las medidas que se encuentren a su alcance para la protección efectiva del medioambiente, todo ello dentro del marco del seguimiento del Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Conforme lo establece la Ley, la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P. tramitó la expedición de licencia ambiental para la construcción y puesta en marcha del proyecto ante la autoridad ambiental correspondiente, en este caso, ante CORPOCALDAS.

Las licencias ambientales, como verdaderos actos administrativos, gozan de presunción de legalidad, sin que en el caso concreto, se discuta en este trabajo de grado, la legalidad de la licencia ambiental otorgada por CORPOCALDAS a la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P., pues lo que se busca es analizar las razones por las cuales se podrían encontrar responsables tanto la empresa beneficiaria de la licencia, como de la autoridad ambiental, toda vez que los deberes de CORPOCALDAS no se agotan allí, dado que en la etapa del seguimiento del proyecto, que es de su competencia, debe solicitar todos los estudios técnico-científicos que conlleven a tener total seguridad de los posibles impactos ambientales que se puedan causar con la ejecución del proyecto, es decir, materializar los principios de prevención y precaución.

A la fecha, los habitantes del corregimiento de Bolivia, al oriente del departamento de Caldas, se han visto gravemente afectados por el desecamiento de varias quebradas, como La Balastrea, Patio Bonito, así como de los nacimientos de aguas superficiales, que utiliza la población para su consumo humano y agropecuario. El impacto sobre el medio hidrológico que llevó consigo el cambio de la vocación del suelo al interior de los predios, pues viene perdiéndose con el tiempo la aptitud forestal, ganadera y agrícola con que contaban antes de la construcción de la Hidroeléctrica El Edén.

Atendiendo a lo precedente, se pretende analizar si existen o no razones y/o fundamentos jurídicos para encontrar responsable al Estado y la empresa por los daños ambientales en el corregimiento Bolivia, que se pudieron haber causado con ocasión a la construcción de la Hidroeléctrica El Edén.

Pregunta de investigación

Atendiendo a la descripción de la problemática, se plantea como pregunta de investigación la siguiente:

¿Cuáles son las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano y la Hidroeléctrica, frente a los daños ambientales ocurridos en el corregimiento de Bolivia, Caldas, con ocasión a la construcción de la Hidroeléctrica El Edén?

Objetivos

Objetivo General

Analizar las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano y a la Hidroeléctrica, frente a los daños ambientales ocurridos en el corregimiento de Bolivia, Caldas, con ocasión a la construcción de la Hidroeléctrica El Edén.

Objetivos específicos

1. Describir el contexto de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia.
2. Analizar la puesta en marcha de los proyectos de generación de energía a partir del recurso hídrico en sus diversas modalidades y sus consecuencias para el medioambiente. Caso Hidroeléctrica El Edén.
3. Reflexionar respecto de la responsabilidad del Estado colombiano en materia medioambiental. Caso Hidroeléctrica El Edén.

Justificación

El presente trabajo de grado se justifica en lo siguiente:

La generación de energía es uno de los puntos centrales en la agenda de cada país, puesto que es necesaria para el desarrollo económico y social, y en general permite garantizar el bienestar de la población.

En la carrera para la generación de energía, se han usado métodos que se centran en la utilización de recursos no renovables, los cuales han generado un gran impacto en el medioambiente, pues se obtienen de recursos fósiles o nucleares limitados, los cuales, además de generar CO₂, incrementan la emisión de gases con efecto invernadero.

Con el objetivo de que la generación de energía no conlleve un gran impacto al medioambiente, se han puesto en marcha métodos que se centran en la utilización de recursos renovables, tales como la generación de energía a partir del agua, creando diversas formas de generación como lo son las represas, embalses o hidroeléctricas a filo de agua.

Ahora bien, aunque la generación de energía a partir del agua, como recurso renovable, trae consigo una disminución en los impactos negativos, esta no es ajena a daños ambientales. Con los proyectos desarrollados en Colombia, se han producido daños ambientales, sociales y ecológicos a poblaciones apartadas vulnerables que habitan en el área de influencia de las hidroeléctricas.

Conforme a lo anterior, la relevancia del presente estudio, radica en analizar la responsabilidad del Estado Colombiano con respecto a los daños ambientales causados con ocasión a la generación de energía, en específico a través de centrales hidroeléctricas, al margen de la discusión sobre la legalidad de los actos administrativos (Licencias Ambientales), teniendo en cuenta la obligación de vigilancia y control que se precisa de las autoridades como el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y las Corporaciones Autónomas Regionales.

También, la búsqueda del desarrollo social y económico conlleva al denominado principio del “interés *general*”, el cual permea la generación de energía a través de hidroeléctricas, pues se justifica en que se favorece a todo un país con la construcción de grandes proyectos, pero esto se contrapone a otros derechos, intereses, y obligaciones del Estado, como por ejemplo, el derecho a un ambiente sano, a la vida, la vivienda digna, al agua y la obligación de protección de la flora y

fauna; es por esto que, cobra gran importancia analizar la forma de cómo debe proceder el Estado colombiano en casos donde se contraponen derechos e intereses, así como también la responsabilidad que conllevan sus decisiones y omisiones en cabeza de las entidades y autoridades.

Por otra parte, el presente estudio aporta elementos de juicio que pueden servir a la comunidad jurídica, universitaria, y en general a todas aquellas personas que se interesan por la protección del medioambiente y de los derechos colectivos, pues brinda los elementos necesarios para comprender las obligaciones del Estado en materia medioambiental.

En síntesis, el presente estudio es conveniente, pues aportará a la construcción de ramas emergentes del derecho, como lo es el derecho ambiental, así como también a la protección de derechos de rango supra, constitucional y legal.

CAPÍTULO I

Contexto de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia.

a. Responsabilidad Estatal en materia ambiental en el derecho comparado.

Para aproximarse a la responsabilidad del Estado Colombiano en materia ambiental, es necesario revisar en el derecho comparado cuales han sido los avances en otros ordenamientos jurídicos; para el efecto se tomarán como referentes los avances en España, Francia e Italia, teniendo en cuenta su relevancia jurídica en materia doctrinaria y jurisprudencial.

i. España.

Con el origen de la problemática ambiental y de la necesidad de mitigar los impactos al medioambiente, es que tiene su génesis el derecho ambiental como rama del derecho, pues como lo afirma el autor español (Loperna Rota, 1998), *“el Derecho surge de la necesidad, opinio juris sive necessitatis, y es evidente que el Derecho ambiental no habría surgido si el deterioro cierto del medio no hubiese alertado de la necesidad de su preservación”* (pág. 24).

Conforme a lo precedente, se puede decir que el Ordenamiento jurídico español contiene un gran avance en materia de protección al medioambiente, siendo la Constitución Española el antecedente más importante en la materia. En su artículo 45 reconoce el derecho a disfrutar de un medioambiente sano, el cual es necesario para el desarrollo de la persona. También, establece las obligaciones del Estado y de los ciudadanos para la protección del medioambiente y le encarga a la ley la tarea de establecer las sanciones a quienes atenten contra el medioambiente. (Constitución Española, 1978, Art.45)

Conforme a este texto constitucional, la ley, la doctrina y la jurisprudencia española han hecho un importante desarrollo de la materia, pudiéndose destacar lo siguiente:

En cuanto a la responsabilidad medioambiental, la Ley 26 de 2007 se promulgó con la finalidad de hacer efectivos los principios de prevención y de “*quien contamina paga*”, integrando como elementos principales “*un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado*” (eurofins, 2021). Además, incorpora potestades para la administración para hacer efectiva la protección al medioambiente.

Ahora bien, el análisis de la responsabilidad medioambiental dentro del ordenamiento jurídico ibérico no solo se ha hecho desde la perspectiva de daños ocasionados por particulares, sino también de los daños causados por la administración, en el ejercicio y/o en la omisión de sus funciones; es por esto que, en cuanto a los daños producidos por la administración a razón de la expedición de licencias o autorizaciones ambientales, las cuales pueden contener errores de carácter legal o porque se sobrepasan los límites de la regulación, se tiene que la administración debe responder por el daño ambiental producido. (Leyva Morote, 2016, pág. 120).

En concordancia con lo anterior, en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, se tiene que:

La doctrina del Tribunal Supremo ha entendido que únicamente existe una presunción *iuris tantum* de que la actividad no producirá lesiones, en este sentido se pronunció en Sentencia de 12 de junio de 1978, dicha presunción será desvirtuada cuando, aún respetado las directrices administrativas, haya una causación de un daño (Leyva Morote, 2016, pág. 120).

Atendiendo a lo antedicho, se puede establecer que el ordenamiento jurídico español contiene un destacado desarrollo en materia de protección al medioambiente, al igual que una clara normativa que obliga a la administración a ejercer con atención la vigilancia y control de todas las actividades que afecten el medioambiente.

ii. Francia.

En el ordenamiento jurídico francés, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha estudiado específicamente la responsabilidad del Estado en la omisión o falta de

vigilancia administrativa en materia ambiental (Situación que se debate en el caso de la Hidroeléctrica El Edén). Para declarar dicha responsabilidad, el Consejo de Estado recordó la obligación que surge como ejercicio de la policía administrativa.

Contempla que en los casos en los que se encuentra expresamente prescrita la obligación por parte del Estado, éste no puede rechazarse a intervenir, y en caso de omitir dicha prescripción legal, se puede ver comprometida la responsabilidad de la administración. En palabras de (Untermaier 1978, págs. 340-341), la obligación por parte del Estado es de resultado, pues se exige que actúe en debida forma.

Ahora bien, en Francia, se habla incluso de responsabilidad del Estado ante la ausencia de disposiciones legales que obliguen al Estado actuar en determinados casos.

La responsabilidad se configura en la medida en que se causen daños ecológicos y ambientales, pese a que la administración haya autorizado tales actividades amparada en una “evaluación de impacto ambiental” (Rémond-Gouilloud, 1970, pág. 171). En tales eventos, la doctrina francesa prevé dos supuestos en los que se puede ver comprometida la responsabilidad de la administración (i) cuando en la expedición de la “evaluación de impacto ambiental” (conocido en Colombia como Estudios de Impacto ambiental, EIA), no tiene en consideración todos los riesgos en que se incurren, o (ii) cuando actúa sin observancia de los deberes de vigilancia y control, en virtud del principio de prevención y precaución. En el primero de los supuestos, se compromete la legalidad del acto administrativo que autoriza la intervención por parte de un tercero, siendo necesario probar los yerros de la autorización, mientras que, en el segundo, se debe acreditar la pasividad con que actuó la entidad competente para la vigilancia o control.

Pese a encontrarse tan avanzado el desarrollo de la jurisprudencia, el Consejo de Estado Francés exige que en el curso del proceso judicial que busque declarar responsable patrimonialmente al Estado por algún daño ambiental o ecológico se pruebe con suficiencia el daño que se alega y el nexo causal con el Estado. Lo anterior, al igual que en Colombia, representa uno de los mayores obstáculos a la hora de pretender la responsabilidad del Estado en materia ambiental, sin perjuicio

que se aplique la teoría de la probabilidad en consonancia con los principios de precaución y de prevención.

iii. Italia.

En el caso de Italia, la responsabilidad medioambiental se empieza a desarrollar a partir del artículo 2050 del Código Civil Italiano, dentro del cual se pueden enmarcar los particulares o el Estado. Se prevé para el ejercicio de actividades peligrosas, en las cuales se puede considerar la generación de energía o la construcción de hidroeléctricas. Tal como se ha desarrollado la teoría del ejercicio o la realización de actividades peligrosas, da lugar a presumir la culpa, incluyendo, como ya se dijo, la Administración Pública como un agente susceptible de hallarse responsable. El artículo precitado dispone:

ARTÍCULO 2050.- Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas

El que causa daño a otros en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado a pagar una indemnización, si no prueba que ha tomado todas las medidas apropiadas para evitar el daño (Código Civil Italiano, 1942).

Los presupuestos necesarios para endilgar responsabilidad ambiental son (i) hecho u omisión por parte de la Administración consistente bien sea en la violación de las normas, impericias o negligencia, (ii) la existencia de un daño al medioambiente, (iii) y que este último sea susceptible de ser tasado y reparado patrimonialmente.

Dada la influencia del derecho civil en el ordenamiento jurídico italiano, la responsabilidad del Estado en materia ambiental se encuentra limitada, pues el factor económico y la protección de la propiedad privada, ha sobresalido respecto a la protección del ambiente.

b. Responsabilidad Estatal en materia ambiental en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886.

La Constitución Política de 1886, en su génesis, no consagraba explícitamente un contenido encaminado a la protección del medioambiente, sin embargo, algunos de sus artículos se pueden leer desde una perspectiva ambiental, como por ejemplo, los artículos 76, 185 y 202. Los artículos 75 y 185 consagraban principalmente atribuciones y/o funciones al congreso y asambleas en cuanto al uso de suelos terrestres y marinos y el artículo 102 contenía los bienes que pertenecían a la nación.

La reforma a la constitución de 1936 trajo consigo un importante antecedente, pues en el artículo 10 se incorporó el concepto de “función social de la propiedad”, lo que implicaba que la propiedad se definía como una concepción derivada de su función social, más no como un derecho absoluto, es decir, se impusieron obligaciones a los dueños de las propiedades, con el objetivo de que su riqueza sirviera para conseguir el bienestar común (Mar & Marin Jimenez, 2020, pág. 8). Este concepto sirvió como precedente para la inclusión adicional del concepto de “*Función ecológica de la propiedad*” que más adelante consagraría la Constitución Política de 1991.

Otro avance constitucional en materia ambiental se dio en el Acto Legislativo No. 01 de 1968, el cual dispuso en su artículo 6 que la dirección general de la economía estaría a cargo del Estado, así como de intervenir para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales; en palabras de (Amaya Navas, 2016) “*Con esta norma se trató de propiciar, desde la Constitución Política, la mejor utilización de los recursos naturales para favorecer el desarrollo económico y la situación de las clases, en especial de las proletarias*” (Pág. 70).

Conforme a lo precedente, se puede decir que en materia constitucional no existieron avances significativos con respecto a la protección del medioambiente, así como tampoco se evidencian cargas al Estado para su protección. No obstante, durante la vigencia de la constitución de 1886 se dieron pasos hacia la protección del medioambiente en Colombia a través de la promulgación de leyes y decretos que tenían como fin la protección y preservación de los suelos, de los recursos de la flora y la fauna y la utilización de las aguas.

Para la segunda mitad del siglo XX, específicamente para la década del 70, se dio un cambio relevante en cuanto a la responsabilidad del Estado por daños medioambientales, pues antes de esta época se entendía a la administración como titular de determinados recursos naturales, pero no se dejaba a su cargo cierto grado de responsabilidad por los daños que se pudieran ocasionar. La administración se entendía como la encargada de ejercer vigilancia y control, sin embargo, no existían medios judiciales que pudieran hacer efectiva la protección al medioambiente, ni para la misma administración, ni para los ciudadanos.

La responsabilidad del Estado por daños al medioambiente se desarrolló inicialmente en la ley 23 de 1973 y el Decreto ley 2811 de 1974, normas que a continuación se exponen:

i. Ley 23 de 1973.

Mediante la Ley 23 de 1973, se le concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente (Ley 23, 1973), norma que puede ser entendida como la respuesta a la reforma constitucional de 1968, ajustándose a la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico colombiano una normativa que compilara unos parámetros generales sobre protección del medioambiente.

El objeto de esta ley está consagrado en el artículo 1, el cual reza que tiene como fin la prevención y control de la contaminación del medioambiente, buscar el mejoramiento y conservación de los recursos naturales renovables, bajo la necesidad de que se defienda el bienestar de todos los habitantes (Ley 23, 1973).

Es relevante esta normativa, ya que se desarrollan conceptos y definiciones necesarios para la promoción y protección de la conservación del medioambiente, asignando un papel activo a la administración, tal y como lo establecen los artículos 8, 11, 13 y 19.

Dos aspectos sobresalientes de esta ley son los siguientes: 1) El artículo 13 consagró un precedente legislativo en cuanto al principio de precaución, y 2) en cuanto a la

responsabilidad medioambiental del Estado, en su artículo 16 consagró que el *“Estado sería civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medioambiente”* (Ley 23, 1973, pág. 3).

Ahora bien, el precitado artículo 16 se debe interpretar en concordancia con los demás artículos de la ley 23 de 1973, pues solo de esta forma se logra comprender la intención del legislador; en primer lugar, de una lectura textual, se deduce una responsabilidad activa del Estado, por los daños producidos dentro de una propiedad privada, pero no solo basta con que se produzca un daño, es necesario que exista superación mínima de los niveles de contaminación, tal y como lo establece el artículo 11 de la referida Ley.

De acuerdo con lo anterior, la Ley 23 de 1973 fue el inicio para la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente o Decreto ley 2811 de 1974, norma que continúa vigente y frente a la cual se enuncian a continuación sus elementos y contenidos más relevantes.

ii. Decreto Ley 2811 de 1974.

El Decreto Ley 2811 de 1974 o mejor conocido como el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medioambiente, estableció definiciones y normas generales para la preservación y protección del medioambiente, desarrollando de manera extensa los criterios necesarios para poner en marcha una política medioambiental sólida para la protección y conservación del medioambiente.

El precitado decreto, en su artículo primero afirma que el ambiente es patrimonio común, por lo cual, tanto el Estado como los ciudadanos deben velar por su preservación y manejo (Decreto 2811, 1974); luego, el artículo 2 desarrolla los objetivos de la norma, siendo estos los siguientes: 1) lograr la preservación, conservación y restauración del ambiente, así como también perseguir el mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables. 2) lograr la protección de los recursos naturales no renovables, a través de la prevención y control de los efectos nocivos que se producen por la explotación de los mismos. 3) Regular

la conducta humana y la actividad de la administración, respecto del ambiente (Decreto 2811, 1974).

De los objetivos antes mencionados y del desarrollo que contiene esta norma para el cumplimiento de los mismos, se pueden considerar como una respuesta acorde a la necesidad de proteger el medioambiente, pues no era tarea fácil llenar los grandes vacíos normativos en la materia. En este sentido, se abordan puntos centrales, como por ejemplo, el equilibrio que debe existir entre el desarrollo económico y la protección al medioambiente.

Respecto a la responsabilidad medioambiental del Estado, se debe decir que este código encargó la ejecución de la política ambiental al Gobierno Nacional, razón por la cual fue su tarea no solo ejercer vigilancia y control sobre las actividades que involucraran el medioambiente, sino también cumplir a cabalidad la normativa ambiental y desarrollar una serie de instrumentos jurídicos que permitieran materializar los objetivos de este código.

De lo expuesto frente a la ley 23 de 1973 y el Decreto Ley 2811 de 1974, se puede apreciar un cambio relevante en cuanto a los conceptos y criterios de la responsabilidad del Estado por daños medioambientales, pues se pasó de entenderse al Estado como simple titular de los recursos naturales, a considerarse como obligado a cumplir su deber de protección, vigilancia y control.

iii. Jurisprudencia.

La jurisprudencia en vigencia de la Constitución de 1886, no fue ajena a la declaratoria de responsabilidad del Estado por daños medioambientales. No obstante, los elementos estructurantes y sus fundamentos jurídicos eran sustancialmente diferentes a los que hoy se conocen.

La Corte Suprema de Justicia, sentó un precedente al discurrir a finales del siglo XIX que el Estado debía reparar a los civiles por los perjuicios de un delito en el que se viera inmerso un funcionario público (Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 1896). Para fundamentar la responsabilidad, la Corte aplicó las disposiciones del

Código Civil contenidas en los artículos 2341, 2347 y 2349, sobre las cuales se discutió la culpa indirecta de la administración, ya que esta sólo podía actuar a través de sus agentes, por lo que se establecen las culpas *in eligendo* (Culpa en la elección) o *in vigilando* (Culpa en la vigilancia) (Rodríguez Rodríguez, 2002, pág. 435).

Ahora bien, la responsabilidad por las omisiones de los agentes de la administración pública, no eran admisibles para declarar responsable al Estado, ya que incluso el agente debía estar en el cumplimiento de las funciones que le fueran asignadas para comprometer la responsabilidad del Estado.

Posteriormente el Consejo de Estado profiere una sentencia hito en materia de responsabilidad del Estado, y unifica la jurisprudencia e introduce nuevas figuras, presunciones y elementos que no se concebían ni en la jurisprudencia y mucho menos en las normas. Según lo dispuesto por el Consejo de Estado, en determinados casos hay lugar a presumir la culpa del Estado, misma que solo puede ser exonerada por hecho de un tercero, culpa de la víctima o caso fortuito (Consejo de Estado, Sección Tercera P. 1482).

Ahora bien, es relevante mencionar que, en vigencia de la carta política de 1991, la Corte Constitucional recapituló los elementos necesarios para declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Estado en vigencia de la constitución de 1986, siendo estos “(i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal” (Corte Constitucional de Colombia, C-644 de 2011).

La teoría del riesgo excepcional, consiste en determinar una culpabilidad objetiva por parte de la administración en los eventos en los que los administrados se vean expuestos a un riesgo grave y anormal. En este supuesto, al demandante le basta probar la existencia del daño y la relación de causalidad de éste con la Administración. Esta teoría también fue introducida por la jurisprudencia en vigencia de la constitución de 1886. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, P. 234337).

Respecto a la responsabilidad del Estado en el caso de las omisiones, fue considerada por el Consejo de Estado a través del título de imputación de falla en el servicio, siendo necesario demostrar no solo que el servicio no se prestó, o se prestó de manera deficiente o que se prestó mal, y que es una carga obligacional de la entidad definida previamente por el reglamento o la ley (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera P. 234551).

Para el caso de estudio, interesa analizar la posible responsabilidad del Estado en dos supuestos, la que se imputa por la omisión en el deber de vigilancia y control de parte de la autoridad ambiental y/o la responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas de parte de la hidroeléctrica. Es por lo anterior que se enfatiza este contexto en esas dos hipótesis.

Por último, la jurisprudencia desarrolla el concepto de daño especial como un supuesto hipotético en que se puede ver comprometida la responsabilidad del Estado; esta se concibe cuando en el ejercicio de las actividades propias de la administración, encontrándose dentro del marco legal que las regula, rompe el principio de igualdad en las cargas públicas y ocasiona un daño o perjuicio a los administrados.

c. Constitucionalización de la protección al medioambiente y de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia (Constitución Política de 1991).

En la década comprendida entre 1970 y 1980 se dan los primeros pasos para visibilizar la importancia de la protección del medioambiente, generando en muchos países y conferencias internacionales importantes antecedentes para la promulgación de normativas que buscarían la protección del medioambiente. La génesis de estos avances se vio acompañada del concepto de “*desarrollo sostenible*”, el cual fue descrito en la comisión Brundtland como “*el desarrollo que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades*” (Giraldo Alzate, 2016, Pág 46).

Importantes antecedentes internacionales, como por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano o “Conferencia de Estocolmo”¹(1972) y el Protocolo Adicional a La Convención Americana sobre DDHH² (1988), influyeron significativamente en Colombia acerca de la protección del medioambiente, aunque no se contara con su participación como país.

La influencia principal de estas conferencias y tratados internacionales se vio reflejada en los proyectos de acto reformativo de la constitución en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, de los cuales, muchos quedaron plasmados en la Constitución Política de 1991, lo que permitió consolidar a rango constitucional la protección del medioambiente y considerar nuestra carta magna como una constitución ecológica; en palabras de (Ramírez Bastidas, 1996) la Constitución del 91 es *“conocida como la carta más verde del mundo con páginas blancas para la ecología”* (Pág. 66)

Para comprender mejor la constitucionalización de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia, se debe hacer referencia a la Asamblea Nacional Constituyentes de 1991 y a los artículos que quedaron plasmados en la Constitución de 1991 encaminados hacia la salvaguarda del medioambiente, asuntos que se desarrollan a continuación.

i. Proclamación de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Como uno de los momentos más importantes de la historia constitucional en Colombia, ha sido considerado el que motivó el proceso constituyente de 1991, puesto que luego de una época de violencia y lucha contra el narcotráfico, se llegó a la recordada *“séptima papeleta”* (Amaya Navas, 2016, Pág 77). Gracias a esto, el 05

¹ Esta conferencia es de gran importancia, pues fue la primera en donde se puso el medio ambiente como un tema central; se habló de las preocupaciones principales en materia medioambiental, como por ejemplo, contaminación del aire, el agua, los océanos y el bienestar de las personas. Como resultados de esta conferencia se tiene que los participantes adoptaron principios en la materia, el plan de acción de Estocolmo y se dio la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (Naciones Unidas, s.f.).

² También denominada “Protocolo de San Salvador”, es un instrumento internacional a través del cual se reafirmaron los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por otras conferencias y/o tratados internacionales. Consagra en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano, a contar con servicios públicos básicos y la obligación de los Estados de promover la protección del medioambiente (OEA, 1988).

de febrero de 1991 se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, la cual estuvo conformada por cinco comisiones permanentes, siendo una de ellas la comisión quinta, misma que tuvo por objetivo los asuntos económicos, sociales y ecológicos.

En la comisión quinta se presentaron múltiples proyectos de acto reformativo, frente a los cuales se encontraron como puntos en común los siguientes: 1) la necesidad de consagrar el derecho a un ambiente sano, 2) la intervención del Estado en la economía para la utilización de los recursos naturales y la preservación de un ambiente sano, 3) la participación de las entidades territoriales en las utilidades provenientes de la explotación de un recurso natural, 4) el derecho de los indígenas frente al uso de su territorio, 5) la consagración del concepto de desarrollo sostenible, 6) la necesidad de acciones para la protección del medioambiente, 7) la obligación del Estado y de las personas de proteger el medioambiente y los recursos naturales, entre otros.

A partir de estos temas en común, el constituyente dejó plasmada la protección al medioambiente de la siguiente manera:

En primer lugar, se debe mencionar el **artículo 8** de la Constitución política, el cual establece que *“es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”* (Const. 1991, Art. 8). Con esto queda en claro la intención del constituyente de poner en cabeza del Estado y de los ciudadanos la carga o el deber de proteger los recursos naturales del país, siendo esto de suma importancia, pues implica la creación de políticas públicas para la protección del medioambiente y la necesidad de acciones que garanticen dicha protección, y en cuanto a los ciudadanos implica que con el cumplimiento de este deber se logra con mayor facilidad el mejoramiento de la calidad de vida y un desarrollo sostenible. En este mismo sentido se puede interpretar el **artículo 95, numeral 8**, de la Constitución Política, el cual establece como deber de la persona y del ciudadano la protección de los recursos culturales y naturales del país, así como también velar por la conservación de un ambiente sano (Const. 1991, Art. 95).

El **artículo 49** de la Constitución Política establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado (Const. 1991, Art.

49)., siendo éste el responsable de su prestación y protección. En este mismo sentido, el **Artículo 366** consagra que el Estado tiene a cargo la solución de necesidad en materia de salud, de saneamiento ambiental y de agua potable, puesto que de esta forma se conseguiría garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

El concepto de la función ecológica de la propiedad, contenido en el **artículo 58**, mismo que tiene su génesis en el concepto de función social y ecológica de la propiedad, es central en la protección del medioambiente, pues es una limitante a la propiedad privada, su uso y explotación, ya que nadie puede abusar de los recursos naturales así se encuentren en su propiedad, pues prima el interés social y ecológico sobre el particular.

El **artículo 63** de la Constitución Política consagra la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley (Const. 1991, Art. 63). La relevancia de este artículo está en que dichos bienes, tan importantes para la nación y el medioambiente, quedan sustraídos del comercio o actividades económicas, siendo el Estado el titular del deber de conservación y uso.

La educación ambiental, consagrada en el **artículo 67**, es otro elemento importante dentro de la intención del constituyente en la protección del medioambiente, puesto que, como lo afirma (Amaya Navas, 2016), *“se trata de un innegable avance en materia de protección del medioambiente, porque la mayor parte de la doctrina ambientalista contemporánea concentra sus esfuerzos en las tendencias pedagógicas, más que en las represivas y sancionadoras”* (Pág. 179).

Uno de los artículos garantistas para los ciudadanos, puede decirse que es el **artículo 79**, el cual reza lo siguiente:

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

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (Const. 1991, Art. 79).

A partir de este artículo se elevó a rango constitucional el derecho a un medioambiente sano, el cual se puede interpretar como una garantía para los ciudadanos, ya que se dejó en claro la importancia de la participación de las personas y comunidades en las decisiones que puedan afectar el medioambiente y los territorios.

En conexión con este artículo se debe interpretar el **artículo 88**, puesto que no tendría sentido ser titular de un derecho si no se cuenta con acciones para exigir su cumplimiento, es por esto que las acciones populares y de grupos son fundamentales para la protección de los derechos colectivos y el ambiente.

El **artículo 80** contiene el concepto de “*desarrollo sostenible*”, el cual tiene como objetivo encontrar un equilibrio entre el gasto ambiental y la oferta ambiental, procurando guardar recursos para las generaciones futuras (Giraldo Alzate, 2016, Pág 48). También, se debe resaltar de este artículo que hace referencia a la carga del Estado de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

La constitucionalización de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia se encuentra materializada en el **artículo 90**, el cual establece:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Const. 1991, Art. 90)

El contenido de este artículo es sustancial para la declaración de responsabilidad del Estado por daños ambientales, pues como lo afirma (Arenas Mendoza, 2020), “este

artículo incorpora los elementos generales para que surja la responsabilidad patrimonial estatal que son el daño, la imputación y la relación de causalidad, que son los mismos que se requieren para que se configure la responsabilidad medioambiental del Estado” (Pág 35).

Por último, es importante hacer referencia a los **artículos 332 y 334** de la Constitución Política. Por su parte, el **artículo 332** reconoce al Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, lo que implica que, a parte de las cargas de protección del medioambiente, también deberá cumplir con todas las limitaciones que les corresponden a los titulares del derecho real de propiedad (Arenas Mendoza, 2020, pág 40). En cuanto al **artículo 334**, debe decirse que su importancia radica en que demuestra la intención del constituyente de materializar la intervención del Estado en la economía para la utilización de los recursos naturales y la preservación de un ambiente sano, es por esto que este artículo determina que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, razón por la cual debe intervenir en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, entre otros (Const. 1991, Art. 334)

En síntesis, luego de hacer el recuento de la constitucionalización de la protección del medioambiente y de la responsabilidad estatal en materia ambiental en Colombia, se puede decir que la Constitución Política de 1991 cumple con ser garantista en materia ambiental, al consagrar los elementos centrales para conseguir progresivamente el amparo y defensa del medioambiente, además, integra los elementos para que pueda surgir la responsabilidad medioambiental del Estado.

ii. Legislación en materia ambiental en Colombia.

Se puede decir que la Constitución Política de 1991 en materia ambiental deja varios postulados que deben ser desarrollados a través de leyes y decretos, pues su contenido se agota en fijar parámetros claros para lograr los fines del Estado; es por esto que, es importante mencionar el contenido de las principales Leyes y Decretos en materia ambiental promulgadas con posterioridad a la Constitución de 1991.

ii.i Ley 99 de 1993

También denominada Ley del Medioambiente, la Ley 99 de 1993 es de suma importancia para el ordenamiento jurídico en materia ambiental, puesto que a través de esta se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se organizó el Sistema Nacional Ambiental (SINA), se fijaron y definieron los principios en materia medioambiental, se crearon entidades dedicadas al medioambiente, entre otros aspectos.

Frente a esta Ley es importante hacer mención de su contenido más relevante, a saber:

1. En cuanto a los **principios generales ambientales**, consagrados en el **artículo primero**, su importancia está en que deben ser acatados en todas las actuaciones administrativas, lo que conlleva a que es vital entender su contenido y alcance. En primer lugar, este artículo establece que *“el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo”*³ (Ley 99, 1993. Art 1), quedando claro la influencia de la declaración de Río de Janeiro en el ordenamiento jurídico interno.

También, siguiendo los parámetros consagrados en la Constitución de 1991, estos principios contienen de manera protagónica la protección de la biodiversidad del país, la prevención y precaución en las actividades que impacten en el medioambiente y que deben ser tenidas en cuenta por parte de las autoridades ambientales, el derecho a un medioambiente sano, las cargas para el Estado para la protección ambiental.

2. Otro de los aspectos relevantes de esta Ley es la creación del **Ministerio del Medio Ambiente**, siendo un gran avance en la materia, ya que de esta manera se buscó asegurar un manejo adecuado en lo relativo al cuidado y protección

³ Esta declaración es resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992. Consagra 27 principios universales encaminados hacia la protección del medio ambiente, en dónde se imponen cargas a los Estados y personas (Naciones Unidas, s.f.).

del medioambiente. En este sentido, el **Artículo 2** crea este Ministerio para ser el organismo rector de la gestión del medioambiente, así como también para ser el encargado de establecer las políticas, planes, programas, proyectos y regulaciones en la materia, con el objetivo de conseguir el desarrollo sostenible (Ley 99, 1993. Art 2)

3. El **Sistema Nacional Ambiental (SINA)**, es definido por el artículo 4 como *“el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en la ley 99 de 1993”* (Ley 99, 1993. Art 4). Esta creación de la ley 99 es relevante puesto que implanta un mecanismo idóneo para que todas las partes involucradas en el cuidado del medioambiente encuentren un punto de unión, por lo cual, permite que sus labores sean desarrolladas con mayor simplicidad.

De igual manera, el artículo 4 establece la jerarquía del SINA así: 1) Ministerio del Medio Ambiente, 2) Corporaciones Autónomas Regionales y 3) Departamentos, Distritos y Municipios.

4. En cuanto a las **Corporaciones autónomas regionales**, esta ley las consagró como entes corporativos de carácter público, dotados de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, cuya tarea es la de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medioambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible (Ley 99, 1993. Art 23). Por lo anterior, se puede establecer que, al ser las principales autoridades ambientales en las regiones, cumplen uno de los papeles más importantes en la esfera de protección estatal ambiental, pues al tener una jurisdicción específica, cada proyecto, programa o actuación que pueda afectar el medioambiente al interior de sus regiones, debe ser vigilado, controlado y aprobado por estas.

ii.ii Ley 165 de 1994

La Diversidad Biológica o Biodiversidad, es definida en el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁴ como:

La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros sistemas acuáticos, y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Art 2).

El Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por 196 países, entre ellos Colombia, es el instrumento internacional con el cual se pretenden lograr tres objetivos: "1) *la conservación de la diversidad biológica*, 2) *la utilización sostenible de sus componentes*, y 3) *la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos*" (Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Art 1).

Este convenio, es uno de los instrumentos internacionales con mayor influencia en los ordenamientos jurídicos, pues contiene objetivos y compromisos claros en materia de diversidad biológica para los países parte, razón por la cual, Colombia integró el contenido de este convenio al ordenamiento jurídico a través de la Ley 165 de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", elaborado el 5 de junio de 1992 en Río de Janeiro.

ii.iii Ley 1333 de 2009

Por medio de la Ley 1333 de 2009 se establece el procedimiento sancionatorio ambiental, cuyo objetivo es sancionar cualquier incumplimiento por acción u omisión de las normas encaminadas a la protección del medioambiente.

Como características relevantes de esta Ley se pueden mencionar las siguientes: 1) consagra como titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental al Estado,

⁴ Este convenio es resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992 (Naciones Unidas, s.f.).

ejercida a través de las autoridades ambientales, 2) determina que los principios constitucionales y legales en materia ambiental deben ser aplicados al procedimiento sancionatorio ambiental, 3) consagra todas las sanciones y medidas preventivas, así como sus respectivos procedimientos, 4) establece que las funciones de las sanciones en materia ambiental tienen las funciones de prevención, corrección y compensación, y las medidas preventivas tienen las funciones de prevenir, impedir o evitar un hecho o acto que atente contra el medioambiente (Ley 1333, 2009, Arts 1,3,4).

También, es importante resaltar que esta Ley amplió el término de caducidad de la sanción ambiental, así: Antes de entrar en vigencia esta Ley, se aplicaba en materia ambiental el término general de caducidad que consagraba el Código Contencioso Administrativo, el cual era de 3 años (Decreto 1, 1984. Art 38). Actualmente, conforme el Artículo 10 de la Ley 1333 de 2009, la acción sancionatoria ambiental caduca a los 20 años de haber sucedido el hecho u omisión que generó la infracción, y en caso de tratarse de un hecho u omisión de carácter sucesivo el término empezará contarse desde el último día en que se haya generado el hecho u omisión (Ley 1333, 2009, Art. 10).

ii.iv Decreto 3573 de 2011

El Decreto 3573 de 2011 crea la Autoridad de Licencias Ambientales (ANLA), puesto que se consideró necesaria la existencia de un organismo encargado del estudio y aprobación de proyectos o actividades que puedan afectar el medioambiente, a través de la expedición de licencias y permisos ambientales.

Como elementos importantes a resaltar de esta ley y de la Autoridad de Licencias Ambientales (ANLA) se tienen los siguientes: 1) La ANLA es una unidad administrativa especial del orden nacional, sin personería jurídica y con autonomía administrativa y financiera (Decreto 3573, 2011) y 2) tiene por objeto estudiar el otorgamiento de licencia ambiental a los proyectos o actividades que lo requieran, así como también hacer seguimiento a las licencias, trámites o permisos otorgados.

d. Noción de la responsabilidad del Estado y sus elementos estructurantes.

Aunque en líneas precedentes, al revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado en vigencia de la Constitución Política de 1886 se aproximó a la noción de “responsabilidad”, es importante en este punto precisar dicho concepto:

El concepto de responsabilidad es definido por La Real Academia Española (RAE) *“como la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”* (Definición 2), pero la definición más precisa para el estudio que nos ocupa es que la responsabilidad es una obligación de satisfacer o reparar por sí o por otro una deuda o un daño.

También es posible definir el término responsabilidad a partir de los principios generales del derecho, como el deber de toda persona de responder a los terceros por los daños que cause a estos, por culpa o imprudencia propia o de quienes se encuentren bajo su dependencia, o por el daño que se cause en el ejercicio de una actividad peligrosa que desarrolle (Pantoja Bravo, 2015, Pág. 86). El Estado a lo largo del tiempo, se concibió como sujeto de derechos y obligaciones, entre las que se incluyó el deber de reparar los daños que causare a otro.

Desde el punto de vista jurídico y revisando los antecedentes colombianos, para encontrar una noción de responsabilidad estatal, habrá que hablar necesariamente del Código Civil, ya que eran dichas disposiciones las que dieron origen a considerar responsable al Estado por los daños que llegase a causar. Para el efecto, el Estado se concebía como una persona jurídica, de la cual se predicaban una serie de responsabilidades, sobre las cuales se desarrollarían diversas teorías. No obstante, al margen de las teorías de la responsabilidad estatal, es menester analizar sus elementos estructurantes que han sido desarrollados a través de la doctrina y la jurisprudencia.

Es de suma importancia dejar claro que respecto a la Administración pública no se asocia a la valoración de dolo o culpa para declarar su responsabilidad. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, conocido como la cláusula general de responsabilidad del Estado, es preciso en señalar que, para declarar responsable al

Estado, se requiere la existencia de un daño antijurídico y una imputación a las entidades de carácter público. El dolo o la culpa serán relevantes para determinar si hay lugar a repetir en contra de los agentes, pero de ninguna manera será un elemento estructurante de responsabilidad estatal.

Los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado son: i) daño antijurídico, ii) imputación jurídica y material, se desarrollan a continuación conforme lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia.

i. Daño antijurídico.

No cualquier daño será indemnizado, sólo aquellos a los que el derecho le otorgue cierta relevancia, los que no deban ser normalmente soportables, lo que es conocido como **daño antijurídico**. El daño antijurídico consiste en el perjuicio patrimonial (Daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (Daño a la salud, daños morales, entre otros) que es irrogado a una persona, la cual no tiene el deber jurídico de soportarlos, sin importar que el Estado lo cause en el ejercicio de una actividad lícita o ilícita.

El daño debe reunir las características de ser cierto, personal y directo. El carácter de cierto se refiere a que no debe considerarse como una mera conjetura, sino que debe demostrarse como un hecho efectivo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 10302). El mismo debe ser personal, entendiendo este carácter como la legitimación por activa para pretender la indemnización de los perjuicios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 9170). Por último, que el daño sea directo significa que el perjuicio invocado necesariamente debe provenir del daño causado, es decir, que exista una relación directa entre el daño (Alteración material exterior) y los perjuicios (Consecuencias de dicha alteración) (Pantoja Bravo, 2015, Pág. 262).

ii. Imputación jurídica y material

La **imputación jurídica** es aquella en la que el juez analiza los diferentes títulos de imputación para encontrar el que se adecúa al caso en litigio, determinando si

corresponde a una falla en el servicio (Régimen de culpa probada) o se adecúa cualquiera de los títulos de responsabilidad objetiva, en los cuales se obvia cualquier valoración respecto al actuar de la administración pública. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 21928).

En este punto, es preciso recordar el principio *iura novit curia*, o comúnmente conocido como el juez es quien conoce el derecho, según el cual, es el operador jurídico quien debe analizar en la sentencia cuál es el derecho aplicable a la controversia de su conocimiento. Para el caso de la responsabilidad de las entidades públicas, el hecho de invocar un título de imputación en el escrito de demanda, no es óbice para que el juez pueda fallar con un título de imputación diferente. Debe diferenciar el operador jurídico de la modificación de la causa petendi, pues esto excede las facultades del juez. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P. 15.494)

En cuanto a la **imputación material**, esta consiste en una relación de causalidad entre el daño antijurídico con el comportamiento activo u omisivo por parte de la entidad pública.

iii. Títulos de imputación relevantes para el caso objeto de estudio, según la Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.

El Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ha ido evolucionando los títulos de imputación y las clases de responsabilidad que son imputables a las entidades públicas en materia ambiental.

Para adentrarse en el caso objeto del presente trabajo, es necesario analizar dos títulos de imputación que ha desarrollado el Consejo de Estado, los cuales son la teoría del riesgo excepcional y la falla en el servicio.

Teoría del riesgo excepcional.

La teoría del riesgo excepcional, ha sido desarrollada por el Consejo de Estado en casos como la conducción de vehículos, la conducción de redes de energía eléctrica,

el uso de armas, sin que con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991 se considerara las actividades propias de la generación de energía a partir del agua como de alto riesgo. En ese sentido, el título de imputación por excelencia para declarar administrativa y patrimonialmente responsable una entidad para la reparación de daños ambientales, obedecía a la falla en la prestación del servicio (régimen de culpa probada), teniendo el actor dicha carga procesal.

En sentencia del 28 de mayo de 2012, El Consejo de Estado además de analizar la teoría del riesgo, recordó el derrotero para determinar si el Estado es responsable por riesgo excepcional o falla en el servicio. El primero ocurre cuando el Estado cause un daño como consecuencia de la materialización de riesgos que no le sean posible prever ni evitar, mientras que será responsable a título de falla en el servicio cuando el daño se derive por la omisión de las medidas reglamentarias que se deben tomar, o este obre con impericia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, P. 19386).

La teoría del riesgo excepcional es concebida como la obligación por parte del Estado de responder patrimonialmente a quien se cause un daño, cuando este es causado en el ejercicio de una actividad peligrosa, pese a que sea lícita y necesaria para la vida en sociedad, a pesar que la entidad actúe con la debida diligencia. Se erige entonces como un régimen de responsabilidad objetiva (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 11401). En materia ambiental, el Consejo de Estado ha reconocido que, cuando una actividad es catalogada como peligrosa para el medioambiente, no se trata de un régimen de culpa probada ni de culpa presunta, en el que la administración se puede sustraer de la obligación de reparar cuando demuestra que actuó de manera diligente y prudente; al actor le bastará con probar el daño y la relación entre este y la autoridad que desplegó la actividad riesgosa.

Falla en la prestación del servicio o falla del servicio.

La falla en la prestación de servicio, es por excelencia el título de imputación por el cual se considera con mayor frecuencia responsable al Estado. Es posible encontrar responsable al Estado en la omisión de cada una de las obligaciones de las entidades que lo conforman, razón por la cual existe una amplia gama de posibilidades; ahora

bien, para que se configure la falla en la prestación del servicio, se precisa: (i) la existencia de un daño antijurídico a un tercero, (ii) una entidad pública con una obligación debidamente establecida en la constitución o la ley, de la cual se predique un incumplimiento o inobservancia, y (iii) un nexo causal entre este y aquel (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8163).

Con la creación del SINA, el Estado colombiano cuenta con diferentes entidades, cuya procura es la conservación del medio ambiente, y para ello están dotadas de diferentes instrumentos que permiten la materialización de los principios de prevención y precaución. En el cumplimiento de esas funciones de seguimiento y control, son las Corporaciones Autónomas Regionales y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, las encargadas de expedir las licencias ambientales necesarias para la realización de los diferentes proyectos. No obstante, la competencia y obligación de mencionadas autoridades ambientales no encuentran su límite en la expedición de las licencias, pues estas son las encargadas de velar por el cumplimiento de los términos señalados en los actos administrativos y que las obras o proyectos licenciados sean controlados.

Conforme a lo anterior, cualquier omisión o negligencia por parte de la autoridad ambiental la hará responsable, aunque no sea la entidad quien cause directamente el daño o quien ejerza la actividad riesgosa. En ese sentido, el Consejo de Estado ha determinado que no le es posible aplicar el mismo régimen de responsabilidad que a la entidad que crea el riesgo, la tolerancia frente al daño causado, contrastado con los instrumentos con que cuentan, contribuyen de alguna manera a la consolidación del daño (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, P. 2179206).

CAPÍTULO II

Contexto y desarrollo de los proyectos de generación de energía a partir del recurso hídrico. Caso Hidroeléctrica el Edén.

La generación de energía ha sido central a nivel global debido a que es vital para el desarrollo social y económico. La mayoría de actividades económicas y humanas desde tiempo atrás y en la actualidad han dependido de la energía eléctrica, es por esta razón que se ha puesto especial empeño en las formas de generación de energía.

En un inicio la generación de energía se enfocó en el uso de recursos no renovables, como por ejemplo, el petróleo, el carbón, el gas, entre otros, sin embargo, estos métodos causan graves consecuencias para el medioambiente, puesto que al obtenerse de recursos fósiles o nucleares limitados, se genera CO₂ y se incrementan las emisiones de gases con efecto invernadero.

Con la finalidad de frenar las nocivas consecuencias para el medioambiente, se inició con el desarrollo de métodos de generación de energía más eficientes, tecnológicos, y con menores efectos perjudiciales; a este tipo de métodos se les ha denominado como “energías alternativas”, las cuales buscan sustituir fuentes contaminantes o poco eficientes, perdurar en el tiempo, y satisfacer la alta demanda energética que se genera con el desarrollo económico, social e industrial (Sierra Vargas, Sierra Alarcón, & Guerrero Fajardo, 2011, pág. 73)

Dentro de las denominadas “energías alternativas” se encuentra la energía hidroeléctrica, mediante la cual, en palabras de (Sierra Vargas, Sierra Alarcón, & Guerrero Fajardo, 2011) “se aprovecha la transformación de la energía potencial del agua almacenada en un nivel superior, en energía cinética al fluir a un nivel inferior, para generar trabajo sin causar mayores efectos contaminantes, con un recurso renovable como es el agua” (Pág. 74).

Aunque las hidroeléctricas utilizan un recurso renovable como forma de generar energía y se consideran que producen un menor impacto al medioambiente, es

importante analizar cuál es la realidad en cuanto a impactos ambientales y sociales; es por esto que, es procedente desarrollar los siguientes puntos:

a. Generación de energía eléctrica en Colombia a partir del agua.

Para comprender los impactos ambientales y sociales, como resultado de la puesta en marcha de Hidroeléctricas, es relevante exponer cuales son los tipos de hidroeléctricas existentes, al igual que analizar en cuál tipo de Hidroeléctrica se clasifica la Central Hidroeléctrica el Edén, puesto que permitirá comprender con mayor facilidad el posterior análisis al caso en concreto.

i. Tipos de hidroeléctricas y sus formas de generación de energía.

i.i Centrales con embalse

Este tipo de hidroeléctricas se caracterizan por almacenar agua formando lagos artificiales, para posteriormente pasar esta agua por turbinas y generar energía. Este tipo de hidroeléctricas tienen un mayor costo para su construcción; sin embargo, tienen como beneficio la posibilidad de generar mayor cantidad de energía, ya que no dependen del volumen de las fuentes hídricas (Ingfocol, 2015, pág. 27).

En Colombia se tienen como principales ejemplos de este tipo de centrales hidroeléctricas las siguientes: Central Hidroeléctrica Ituango, Central Hidroeléctrica Miel I, Central Hidroeléctrica Guatapé, Central Hidroeléctrica de Chivor, entre otras.

i.ii Centrales de acumulación por bombeo

Este tipo de centrales se caracterizan por contar con dos embalses a diferentes niveles. Su funcionamiento consiste en que el agua almacenada en el embalse superior, cuando llega a su máximo nivel hace girar las turbinas generadoras de energía, llegando el agua al embalse inferior. Luego, el agua que se encuentra en el embalse inferior, a través de turbinas reversibles o motores bomba, se regresa al embalse superior, cumpliendo así el ciclo (Ingfocol, 2015, pág. 27).

i.iii Centrales a filo de agua.

Las centrales hidroeléctricas a filo de agua, generan energía a partir del flujo del cauce de un río, es decir, utilizan su caudal al instante para accionar las turbinas; en otros casos se utilizan túneles para conducir el agua hasta las turbinas generadoras. Por su forma de generación, no utilizan reservas de aguas, motivo por el cual dependen de la cantidad de agua del río o fuente hídrica, quedando sujeta la producción de energía al volumen de agua en el caudal, misma que varía conforme las temporadas del año (Ingfocol, 2015, pág. 27).

La Hidroeléctrica El Edén se enmarca dentro de este tipo de centrales, funcionando de la siguiente manera: Se toma el agua del río La Miel, en su paso entre los municipios de Manzanares, Pensilvania y Marquetalia. El agua es conducida por un túnel de una longitud total de 5,845 kilómetros, atravesando los corregimientos de Bolivia, Patio Bonito y La Costa, para finalmente desembocar a la altura de La Soledad Alta, todos ellos de jurisdicción de Pensilvania, Caldas; allí, el agua desciende hacia las turbinas generadoras de energía, para luego ser incorporada de nuevo al cauce del río La Miel.

Por último, es relevante mencionar que en Colombia se tienen como ejemplos de este tipo de centrales hidroeléctricas las siguientes: Central Hidroeléctrica Cucuana, Central Alto Tuluá, entre otras.

ii. Importancia de la generación de energía para el desarrollo económico y humano.

Para analizar la importancia de la generación de energía en los aspectos de desarrollo económico y humano, es necesario abordar el concepto de “seguridad energética”, puesto que a nivel global se ha dado especial importancia a este.

La “seguridad energética” se puede entender como la pretensión de lograr el abastecimiento energético de todo un país de forma segura y sin depender de terceros, es decir, se busca fomentar el autoabastecimiento para evitar la dependencia extranjera (Gómez Patiño, 2008, pág. 110). Es por esto que la mayoría

de países han buscado desarrollar proyectos de generación de energía para su autoabastecimiento, y si las condiciones lo permiten, exportar energía a otros países.

Conforme a lo anterior, se puede decir que los países han establecido que la seguridad energética es determinante para el desarrollo económico y humano, pues la mayoría de actividades desde hace varios años atrás, y aún más en la actualidad, dependen de la energía; la industria (en todos sus sectores), los mercados, la educación, la salud, las telecomunicaciones, prestación de bienes y servicios, entre muchas otras actividades, requieren de la energía para llevarse a cabo, siendo esenciales para el presente y el futuro.

Otro de los motivos principales que han aumentado la necesidad energética son los avances tecnológicos, ya que todos los dispositivos e invenciones desarrollados en los años recientes, requieren de energía eléctrica para su funcionamiento, razón por la cual, la energía desempeña un papel central en la economía de un país, siendo esta un elemento sin el cual no se consigue el desarrollo de una región o país (Cortés & Arango Londoño, 2017, pág. 378).

Como se expuso, es innegable la necesidad energética para todos los campos de la vida humana y para la economía, sin embargo, esto también implica conseguir un desarrollo exitoso de la mano de la sostenibilidad ambiental; por esta razón, la tarea de los gobiernos y empresarios está en no solo conseguir desarrollar tecnologías de generación de energía amigables con el medioambiente, sino también hacer un uso racional y eficiente de la energía, lo cual implica ejecutar las actividades y procesos con el menor uso de energía posible, en otras palabras, es aprovechar óptimamente la energía en todas y cada una de las cadenas energéticas, inclusive, llevar a cabo su reutilización cuando sea posible (Ley 697, 2001. Art 3, numeral 1)

iii. Impactos ambientales y sociales.

En líneas precedentes se mencionó que la hidroenergía se considera como “energía alternativa” al usar un recurso renovable, pero esto de igual manera trae consigo impactos ambientales y sociales, visibles sobre todo en las zonas de influencia de las

Hidroeléctricas, razón por la cual, es procedente exponer a continuación los principales impactos en materia social y ambiental.

En el caso colombiano, el territorio se caracteriza por sus grandes recursos naturales, especialmente el agua, lo que motiva a inversionistas locales y extranjeros a emprender grandes proyectos hidroeléctricos.

Los empresarios dueños de las Hidroeléctricas aseguran que la construcción y puesta en marcha de las mismas generan enormes beneficios sociales para las poblaciones de las zonas de influencia. Los principales argumentos se enfocan en promocionar empleo para los pobladores, pues afirman que su fuerza de trabajo se centra en trabajadores de la zona; de igual forma manifiestan la ejecución de obras para mejorar las condiciones de las zonas urbanas o rurales afectadas por la construcción del proyecto hidroeléctrico, como por ejemplo, mejoramiento de vías, construcción de escenarios sociales y deportivos, entre otros.

Dependiendo del tipo de hidroeléctrica y las condiciones del territorio, se deben adecuar múltiples factores para una correcta ejecución del proyecto, entre estos factores se encuentran, por ejemplo, en el caso de las represas, la necesidad de inundar terrenos, trayendo consigo el desplazamiento de campesinos y en algunos casos de indígenas.

La generación de energía hidroeléctrica que se considera limpia, ha sometido al ser humano y su entorno al desplazamiento, desde la construcción de la infraestructura produce desplazamiento de las comunidades campesinas arraigadas al inundarles sus predios, algunos de ellos son desapropiados por las mismas represas y con ello se tienen: grandes extensiones de tierras productivas inundadas, cambios del medioambiente y de la forma de vivir en el nuevo ámbito (Cogaria Prieto, 2019, pág. 25).

Sumado a lo anterior, los embalses o represas inundan bosques en donde habitan varias especies, algunas de ellas en peligro de extinción, alterando la distribución natural de los ecosistemas y la migración de especies (International Rivers Network y otras doce organizaciones, 2003, pág. 7).

En el caso de las hidroeléctricas que no requieren embalse para su operación, es necesaria la adecuación de terrenos, lo que implica la compra de determinados predios a pobladores de la zona; también, es necesaria la construcción de vías para el transporte de materiales, lo que conlleva a la tala de flora afectando consecuentemente la fauna, además, dicho transporte de materiales se hace en carros y maquinarias pesadas en zonas que posiblemente son inestables.

Otras consecuencias notorias para la vida de los pobladores se evidencian en el cambio de vocación u oficio que tradicionalmente desempeñaban, al modificarse la destinación de los territorios, o en algunos casos los daños ambientales son tan invasivos que se puede presentar contaminación en el agua, desecamiento de las quebradas, manantiales y afluentes, razones que conllevan a afectar negativamente las actividades agropecuarias y por consiguiente su forma de trabajo y sustento de vida.

Dentro del proceso de licenciamiento ambiental y estudios de viabilidad, tanto el Estado, como los empresarios, deben entrar en una negociación con la población del área de influencia. De esta negociación se derivan múltiples factores que pueden ser entendidos bajo el concepto de “violencia simbólica”. Con respecto a este concepto el Docente investigador (Muñoz Gaviria, 2017) acude a *Pierre Bourdieu* para sintetizar el contenido de este, considerándose entonces como *“aquella que es difícil de percibir, pues existen unos mecanismos para que ella pueda ser ejercida con apariencia de naturalidad y no como una forma de violencia”* (Pág. 46)

Analizado el contenido del concepto de “violencia simbólica”, es consecuente exponer los factores que se desprenden de la relación hidroeléctrica - población, mismos que deben ser interpretados bajo este concepto, a saber:

i) Se afirma por parte de las hidroeléctricas que la importancia de su construcción recae en la generación de desarrollo económico, bajo la premisa de la primacía del interés general, obligando en algunos casos a toda una población a abandonar su territorio, suspendiendo su relación sociocultural con este (Muñoz Gaviria, 2017, pág. 46).

- ii) Las Hidroeléctricas exponen a las poblaciones estudios de personas o empresas expertas en diversos temas, como medio de persuasión para dar tranquilidad con respecto a los impactos ambientales y económicos.
- iii) Se utiliza el dinero como medio de persuasión para que la población acceda sin mayores cuestionamientos a la puesta en marcha del proyecto, en temas como, por ejemplo, la compra de predios (Muñoz Gaviria, 2017, págs. 46, 57).
- iv) Por regla general, al desarrollarse estos proyectos en zonas rurales, la población no cuenta con un grado de escolaridad alto, así como tampoco con los recursos para acudir a una asesoría, lo que se traduce en una relación desproporcionada.
- v) Las Hidroeléctricas procuran establecer rutas de atención para la reubicación de personas y familias, pero no siempre se presenta una atención completa.

Los anteriores factores, al ser analizados bajo el concepto de “violencia simbólica”, demuestran la relación de poder que pueden ejercer las hidroeléctricas frente a la población del área de influencia. Es por esto que, el Estado a través de las respectivas autoridades y entidades, y las Hidroeléctricas, deben obrar con pericia, cuidado y diligencia, en la atención de las necesidades de la población y la búsqueda de los menores impactos sociales y ambientales.

En síntesis, los impactos positivos de las Hidroeléctricas los perciben otras zonas o regiones alejadas de las áreas de influencia, puesto que estas últimas perciben los impactos más agresivos y negativos de la hidroenergía.

b. Marco normativo y autoridades ambientales.

En líneas anteriores se hizo referencia al marco normativo en materia de protección del medioambiente y sobre las cláusulas generales de responsabilidad Estatal en materia medioambiental, razón por la cual, y con el objetivo de hacer un adecuado análisis al caso en concreto, es apropiado hacer mención al marco normativo que regula la construcción de Hidroeléctricas en el país, al igual que las cargas y responsabilidades que se imponen a las autoridades ambientales.

Es importante hacer claridad que a continuación se hace referencia a la normativa vigente, y posteriormente, en el análisis al caso en concreto, se desarrollará la

normativa concerniente a la responsabilidad Estatal en materia medioambiental vigente al momento de inicio y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico el Edén.

i. Marco normativo de las hidroeléctricas en Colombia.

Al tratarse de la generación de energía a partir de un recurso fundamental para un país y para la humanidad, es importante que los particulares y autoridades ambientales acaten en forma acertada la normativa en la materia. A continuación, se hará mención de las normas primigenias y otras compilatorias que deben ser acatadas a la hora de desarrollar proyectos hidroeléctricos en Colombia.

En primer lugar, es menester hacer mención a los **Artículos 88 y 89** del **Decreto Ley 2811 de 1974**, el primero establece que sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión⁵ y el segundo de ellos pone como limitante que el uso de las aguas dependerá de la disponibilidad del recurso. El contenido de esta normativa es central, pues a partir de este es que se impone la obligatoriedad de acudir a permisos ambientales si se va a hacer uso del recurso hídrico. También, este Decreto consagra en su **Artículo 102** que se debe solicitar autorización si se pretende construir obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua (Decreto Ley 2811, 1974. Arts. 88,89,102).

El Decreto 1541 de 1978 en materia de Hidroeléctricas consagra lo siguiente: i) el **Artículo 36** establece que *“toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines (...)”* (Decreto 1541, 1978. Art. 36), consagrándose como uno de estos fines en el literal (I) la generación hidroeléctrica. ii) El **Artículo 64** establece que para hacer uso de una concesión de aguas es necesario que las obras hidráulicas sean construidas por el titular de la concesión y aprobadas por la respectiva autoridad ambiental (Decreto 1541, 1978. Art. 64). Por último, en cuanto a Hidroeléctricas, este

⁵ Los contratos de concesión son los que celebran entidades estatales con una persona, denominada concesionario, con el fin de que las primeras otorguen al concesionario la prestación, operación, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, a cambio de una remuneración, como por ejemplo, tarifas, tasas, participaciones (Ley 80, 1993. Art. 32, numeral 5).

Decreto en su **Artículo 73** determina que la generación hidroeléctrica es entendida como un uso energético del agua.

La **Ley 99 de 1993** se puede considerar como una de las normativas guía en la construcción de Proyectos de hidroenergía, especialmente en materia de **licencias ambientales**, entendiéndose estas como las autorizaciones otorgadas por la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, estableciendo unos requisitos para el beneficiario de la obra, con el objetivo de cumplir con la prevención, mitigación y manejo de los efectos ambientales (Ley 99, 1993. Art 50).

Gran parte de esta Ley es reglamentada posteriormente por Decretos, sin embargo, es relevante mencionar de esta los siguientes asuntos:

- i) Se consagra la obligatoriedad de licencia ambiental para el desarrollo o ejecución de cualquier actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o medioambiente, o que implique modificaciones notorias al paisaje (Ley 99, 1993. Art 49)
- ii) Establece la necesidad de presentación de un Estudio de Impacto Ambiental por parte del peticionario de la licencia a la autoridad ambiental competente, pues este estudio contiene la información sobre los impactos que puedan producirse con la ejecución del proyecto en materia ambiental y socioeconómica (Ley 99, 1993. Art 57)⁶.
- iii) Fija la necesidad de presentación de un plan de manejo ambiental⁷, concepto que esta Ley no desarrolla, pero que sería antecedente para posteriores Decretos y/o normativas.
- iv) Establece el procedimiento para el otorgamiento de licencias ambientales (Ley 99, 1993. Art 58)⁸

⁶ Modificado por el artículo 178 de la Ley 1753 de 2015

⁷ Definido por el Artículo 2.2.2.3.1.1. del **Decreto 1076 de 2015** como “*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 (...)*” (Decreto 1076, 2015)

⁸ Modificado por el artículo 178 de la Ley 1753 de 2015

La Ley **373 de 1997** ordena en su **Artículo 1** la obligación de las Hidroeléctricas de presentar un “*plan para el uso eficiente y ahorro del agua*” ante la autoridad ambiental competente, con el objetivo de diagnosticar la oferta hídrica de las fuentes de abastecimiento, la demanda del agua, utilización de aguas superficiales, lluvias y subterráneas (Ley 373, 1997. Art 2)

Las Leyes y Decretos sobre la protección del medioambiente, incluido el manejo de las hidroeléctricas y licenciamiento ambiental, han pasado por múltiples modificaciones y/o adiciones, lo que conllevó a la expedición del **Decreto 1076 de 2015**, a través del cual se expide el “*Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*”, siendo así un Decreto compilatorio en la materia. Con respecto a este Decreto es importante mencionar que reúne temas centrales como los siguientes:

i) Desarrolla de manera completa todo lo relacionado a las licencias ambientales, como lo es: la consagración de conceptos; asignación de competencias a las autoridades ambientales; casos en los que se exige el licenciamiento ambiental; estudios ambientales; trámite para la obtención de la licencia ambiental; modificación, cesión o pérdida de vigencia de la licencia ambiental; control y seguimiento de los proyectos o actividades sujetos a licencia ambiental.

ii) Consagra la exigencia de concesión para el aprovechamiento de las aguas, mandato que debe ser acatado por los proyectos hidroeléctricos; orden de prioridad para el otorgamiento de concesiones en el uso de las aguas, estando las hidroeléctricas en el quinto orden; uso energético del agua, entre otros.

Para sintetizar, los proyectos hidroeléctricos deben contar como mínimo con los siguientes elementos para su construcción y puesta en marcha: i) Una concesión para el uso de las aguas; ii) licencia ambiental, la cual contiene a su vez Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y Plan de Manejo Ambiental (PMA), otorgada por la Autoridad Ambiental competente; iii) Un plan para el uso eficiente y ahorro del agua.

ii. Autoridades ambientales y sus obligaciones en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos.

Como todas las entidades públicas, las autoridades ambientales tienen definido en la ley y el reglamento sus obligaciones y competencias, de las cuales serán responsables en caso de inobservancia o negligencia. En el caso de las autoridades ambientales (Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y Corporaciones Autónomas Regionales) sus funciones se encuentran contenidas en la ley 99 de 1993, el Decreto 3573 de 2011, modificado por el decreto 376 de 2020 y el decreto 1076 de 2015. De dicha normatividad cabe destacar que el licenciamiento de proyectos hidroeléctricos se encuentra en cabeza de las corporaciones autónomas cuando tengan una capacidad de generación menor a 100 MW; en los demás casos es competente la ANLA (Decreto 1076, 2015, Art. 2.2.2.3.2.3. numeral 4, literal c).

Para una mayor comprensión, se analizarán las obligaciones de las autoridades ambientales, antes y después de la expedición de la licencia ambiental. La anterior distinción en función de la responsabilidad estatal es importante para determinar si se discute la legalidad de la licencia ambiental cuando violan disposiciones de orden constitucional o legal, tienen lugar en el proceso de expedición de la licencia, o si ocurren omisiones y acciones en el seguimiento del proyecto licenciado, que pueden generar perjuicios.

En el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales, deben tener términos de referencia acordes a los establecidos por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Los términos de referencia son definidos como los *“lineamientos generales que la autoridad ambiental señala para la elaboración y ejecución de los estudios ambientales que deben ser presentados ante la autoridad ambiental competente”* (ANLA, s.f.)

En el ya definido estudio de impacto ambiental, las autoridades deberán evaluar que el estudio cumpla con todos los requisitos de que trata el artículo 2.2.2.3.5.1. del decreto 1076 de 2015, de los cuales se destacan (i) la caracterización del área de influencia del proyecto, (ii) información relacionada con los impactos ambientales, (iii) Evaluación económica de los impactos positivos y negativos, (iv) plan de manejo

ambiental, (v) programa de seguimiento y monitoreo (vi) Plan de contingencias (Decreto 1076, 2015, Art. 2.2.2.3.5.1).

Una vez radicada la solicitud de licencia ambiental, la autoridad deberá evaluar el estudio ambiental presentado, constatando que cumpla con los requisitos mínimos. En caso de no cumplir con estos requisitos, mediante acto administrativo se dará por terminado el trámite de la licencia. Para el licenciamiento de proyectos hidroeléctricos, la autoridad ambiental deberá solicitar concepto a la Unidad de Planeación Minero Energética en lo relativo al potencial energético.

La licencia ambiental es otorgada a través de acto administrativo (con todo lo que esta connotación implica), la cual cuenta con una vigencia de cinco años a partir de su ejecutoria, tiempo en el cual el titular deberá iniciar la construcción de la obra, el proyecto o actividad. La licencia ambiental puede ser modificada, cedida e integrada según lo dispuesto en el decreto 1076 de 2015 y aún otorgada puede ser revocada por la autoridad ambiental, cuando se atente contra el interés general, que prima sobre el particular.

Las violaciones de normas en que incurra la entidad en la expedición de la licencia ambiental, afectarían de manera directa la legalidad de la misma. Para el efecto, los medios de control a incoar serían la nulidad simple, prevista en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, proceso que se puede instaurar en cualquier tiempo, en el cual se confronta el acto con las normas que se alegan violadas. Si con la expedición de la licencia se generan daños o se lesionan derechos de carácter subjetivo, la persona afectada puede iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se puede instaurar dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto administrativo. Ahora bien, si con la nulidad simple del acto administrativo se restablece automáticamente un derecho, las normas que deberán observarse son las previstas para la nulidad y restablecimiento del derecho, lo que ha sido conocido por la jurisprudencia como la teoría de los móviles y las finalidades. El Consejo de Estado Colombiano ha expresado en sus sentencias que mediante la nulidad simple si se pueden discutir actos administrativos de contenido particular, cuando el fin que se persigue sea el imperio de la legalidad, lo cual se traduce en un control abstracto. No obstante, si como consecuencia de la anulación del acto acusado se restablece

automáticamente un derecho, deberán observarse las reglas previstas en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, P. 2112203)

Cuando los perjuicios se reclaman con posterioridad a los cuatro meses de haberse expedido la licencia ambiental, no se discute la legalidad del acto y los medios de control procedentes son el de reparación directa (Art. 140 CPACA) o la de reparación de perjuicios causados a un grupo (Art. 145 CPACA).

Como ya se expresó, además del licenciamiento, las autoridades ambientales son las encargadas del control y seguimiento de las mismas, obligaciones que se encuentran contenidas en el artículo 2.2.2.3.9.1. del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente. De los propósitos del control y seguimiento se destacan los siguientes:

- i) Verificar la eficiencia y eficacia de las medidas implementadas en el plan de manejo ambiental, plan de seguimiento.
- ii) Constatar y exigir que el beneficiario de la licencia cumpla con todas las obligaciones que haya contraído en la licencia o el plan de manejo ambiental.
- iii) Hacer seguimiento al comportamiento de los medios bióticos y abióticos que hayan sido considerados como impactados directa e indirectamente en el Estudio de Impacto Ambiental.
- iv) Verificar las medidas encaminadas a corregir las contingencias que se puedan generar en el desarrollo del proyecto, obra o actividad.
- v) Imponer medidas que incluso no hayan sido consideradas en la licencia o plan de manejo ambiental, tendiente a prevenir, mitigar o corregir impactos (Decreto 1076, 2015, Art. 2.2.2.3.9.1.3).

En caso de incumplimiento en la ejecución de las obras o del proyecto, las autoridades ambientales pueden decretar las medidas preventivas y sancionatorias contenidas en la ley 1333 de 2009, según lo dispone el artículo 2.2.2.9.2.13. del decreto 1076 de 2015. Las medidas de carácter preventivo son de ejecución inmediata, no son susceptibles de recursos y su imposición no obsta para que se puedan aplicar las sanciones a que haya lugar. Entre las medidas preventivas que serían aplicables en

el caso de construcción de proyectos hidroeléctricos, se encuentran (i) amonestación escrita, (ii) suspensión de obra, proyecto o actividad (iii) sanciones, (iv) multas, (v) revocatoria de la licencia, concesión, autorización o registro.

Tal como se evidencia y enmarcadas en el principio de prevención y precaución, las autoridades ambientales cuentan con diversos instrumentos que les permiten tutelar de manera efectiva el medio ambiente. Para el efecto, cuentan con un procedimiento administrativo sancionatorio reglado, en el cual cabe resaltar que se presume la culpa o el dolo para el presunto infractor de la ley o los actos administrativos expedidos por la misma autoridad.

Todos los actos administrativos que expidan las autoridades ambientales deberán ajustarse a los principios entre los cuales se resaltan los de precaución y prevención. Los perjuicios que se causen con las decisiones que adopte la autoridad ambiental en el uso de sus facultades o las omisiones en que incurran, deberán ser indemnizados. De tal manera que si la autoridad ambiental omite la imposición de medidas que permitan evitar el daño o impongan medidas ineficaces e insuficientes, serán igualmente responsables.

Cabe resaltar que el deber de vigilancia y control recae en la autoridad ambiental que haya expedido la licencia, autorización, concesión, permiso o registro. No obstante, en virtud de la ley 99 de 1993, artículo 5, numeral 36, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene el deber de inspección y vigilancia sobre las Corporaciones Autónomas Regionales, razón por la cual también podrá verse abocada a responder por los daños que se causen en la omisión o impericia en que incurran aquellas.

Los daños que se llegaren a causar como consecuencia de las deficiencias que se presenten con el control y vigilancia por parte de las autoridades ambientales, deberán ser alegadas igualmente en el marco de la acción de reparación directa o de reparación de perjuicios causados a un grupo, sin perjuicio de las acciones populares que se puedan iniciar con el fin preventivo de proteger los intereses o derechos colectivos.

c. Proyectos Hidroeléctricos en Colombia.

i. Central Hidroeléctrica Ituango.

El proyecto hidroeléctrico Ituango puede considerarse como uno de los más conocidos en el país por diferentes motivos, el primero de ellos es porque es el más grande del país, debido a la cantidad de energía que se pretende producir a corto y largo plazo, y el segundo es a causa del riesgo de colapso del proyecto que se presentó en el año de 2018, encabezando muchos titulares de noticias debido a la gravedad de lo ocurrido.

La Central Hidroeléctrica Ituango se ubica en el norte del Departamento de Antioquia, utilizando el cauce del río Cauca para la generación de energía. Este proyecto impacta 12 municipios de diferentes departamentos que se encuentran aledaños al cauce del Río Cauca, siendo los municipios de Valdivia, Tarazá, Cáceres y Caucasia los más cercanos a las obras principales del proyecto.

Este megaproyecto obtuvo licencia ambiental en el año 2009 y empezó su construcción en 2010; comprende la construcción de una presa (Base responsable de contener el agua y formar el embalse) de 220 metros de altura para formar un embalse de 70 kilómetros de largo, esto con el objetivo conseguir generar 2.400 Mw por hora, cantidad de energía suficiente para abastecer a todo Colombia y vender a otros países (Noticias Caracol, 2018)

Para construir la presa fue necesario desviar el cauce del río Cauca a través de 2 túneles de conducción, y una vez estuviese lo suficientemente alta la presa se cerraban dichos túneles y se formaba el embalse. Por retrasos en la construcción del proyecto, los cuales repercutían en el tiempo de iniciar operaciones la hidroeléctrica, y con el objetivo de acelerar la finalización de la obra, se decidió construir un tercer túnel de mayores dimensiones, denominado "Galería auxiliar de desviación"; a finales de 2017, para iniciar el llenado del embalse, se hizo el cierre programado de los túneles 1 y 2, y todo el desvío del agua se continuó a través del túnel auxiliar (Empresas Públicas de Medellín, 2018).

El riesgo de colapso del proyecto inició a finales del mes de abril del año 2018, cuando se dio el taponamiento de la “Galería auxiliar de desviación” a causa de fallas geológicas, lo que conllevó a un embalsamiento anticipado, pues el río no tenía por donde seguir su cauce. Al aumentar el nivel del agua y no tener por donde ser evacuada, fue necesario inundar la casa de máquinas sin estar terminada su construcción, esto trajo consigo pérdidas millonarias, pero fue necesario para evitar una tragedia de dimensiones nunca antes vistas para las poblaciones que se encuentran a borde del río (Paz Cardona, 2018).

El 12 de mayo de 2018 se presentó el destaponamiento del túnel 2, esto trajo como consecuencia un aumento en el cauce del río, lo que provocó una avalancha y la posterior inundación de Puerto Valdivia (corregimiento del Municipio de Valdivia) y la evacuación de sus habitantes (Paz Cardona, 2018); también fue necesaria la evacuación de los habitantes de Tarazá y cáceres.

Por la anterior emergencia el proyecto lleva dos años más de los esperados en construcción, puesto que se perdió todo lo construido en casa de máquinas. Se estipula que la hidroeléctrica empiece su operación a mediados del 2022.

De lo expuesto se evidencian los graves impactos ambientales y sociales producidos por la aparente impericia en la ejecución del proyecto, quedando a discusión las responsabilidades de la Hidroeléctrica y de las autoridades ambientales. También, es relevante mencionar que en este caso se está ante un proyecto principalmente financiado por fondos públicos, encontrándose una frustración mayor a razón de los daños sociales y ambientales, preocupación que se puede sustentar en palabras de Isabel Cristina Zuleta:

Oponerse a un proyecto público tiene implicaciones particulares: en ese caso, la comunidad no está en situación de riesgo por oponerse a actividades ilícitas, sino lícitas, y el rol del Estado como mediador, protector y garante de derechos se desdibuja en su conflicto de intereses entre los cuales, privilegia el posible lucro por encima del bienestar de las comunidades (Zuleta, 2021, pág. 5).

En síntesis, del caso de Hidroituango al ser uno de los más relevantes y grandes en Colombia, permite evidenciar lo siguiente:

- i) La ejecución de proyectos Hidroeléctricos es una actividad altamente riesgosa, sin importar si se cuentan con todos los estudios de viabilidad, entre ellos, Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental.
- ii) los impactos ambientales y sociales negativos pueden llegar a ser incalculables.
- iii) Es central la vigilancia y control de las autoridades ambientales en que el avance del proyecto se esté realizando conforme a la licencia ambiental otorgada y el estudio de impactos ambientales.
- iv) El desarrollo económico y social que se da con la generación de energía no impacta positivamente a las comunidades del área de influencia, por el contrario, deben soportar todos los daños ambientales y sociales.

ii. Central Hidroeléctrica Guatapé.

El Municipio de Guatapé, Antioquia, es uno de los más conocidos en el país, pues el embalse de la Central Hidroeléctrica Guatapé, al formar un bello paisaje, es fuente de turismo, al igual que las tradicionales y características casas con zócalos del Municipio.

La Central Hidroeléctrica Guatapé fue construida en dos etapas, la primera de ellas entre 1971 y 1972, y la segunda en 1979; aprovecha el cauce del río nare, siendo conducido al embalse el Peñol-Guatapé, el cual tiene una capacidad de almacenamiento total de 1.070,21 millones de metros cúbicos. Esta central tiene una capacidad instalada de generación de energía de 560 Mw, lo que la hace una de las principales hidroeléctricas en el país (Empresas Públicas de Medellín, s.f.)

Para la construcción de esta Central Hidroeléctrica fue necesario el desplazamiento del Municipio el Peñol y su población, y de algunas fincas rurales, en el año 1978. Se debió hacer esto ya que para la construcción del embalse se inundó este Municipio. Es por esto que, este proyecto hidroeléctrico es un buen ejemplo para evidenciar los efectos sociales que conlleva la construcción de este tipo de proyectos, pues fue

necesario el desplazamiento de los habitantes de la zona de influencia, dándose lo que se puede considerar el desarraigo forzoso a sus viviendas y tradiciones.

En la actualidad el Municipio de Guatapé tiene como principal fuente de la economía el turismo, por lo cual, depende del nivel de agua del embalse. El nivel del agua puede variar conforme la regulación de la hidroeléctrica o la temporada del año, es decir, está sujeto a la producción de energía o a temporadas de invierno o verano.

En este sentido, un estudio de La Universidad Nacional de Colombia, elaborado por el Magister Edison Alejandro Jaramillo, titulado "*Conflictos por usos no extractivos en embalses de almacenamiento energético en Colombia. Caso de estudio: Embalse Peñol-Guatapé*", plantea que la mayoría de estudios sobre los impactos de la construcción de los embalses para generar energía se enfocan en los impactos de la construcción, más no en los que se presentan a futuro. Muestra de esto es la problemática que se presenta en el Embalse Guatapé, pues se está en conflicto entre el fin principal del embalse, el cual es la generación de energía, con los otros usos del mismo, como lo es las actividades acuáticas; esto se da a raíz de que una alta producción de energía puede conllevar la disminución del nivel del agua, afectando significativamente el turismo y actividades acuáticas.

Los embalses, por cumplir con su propósito principal, afectan otros usos que se les han dado, como los relacionados con el turismo, la pesca y la navegación. Estas afectaciones no son planificadas ni tenidas en cuenta por los operadores de los embalses en sus Planes de Manejo Ambiental, así como tampoco por los territorios dentro de sus Planes de Ordenamiento (Jaramillo Gomez, 2020, pág. 182).

De lo expuesto, se puede afirmar que los impactos sociales y ambientales de los proyectos hidroeléctricos no solo se manifiestan al momento de su construcción, sino que pueden existir graves impactos a futuro para los habitantes del área de influencia y para el ambiente.

iii. Proyectos hidroeléctricos en el oriente del Departamento de Caldas.

El oriente del departamento de Caldas, se caracteriza por la alta pluviosidad, riqueza del recurso hídrico y encontrarse en el área de influencia de la Selva de Florencia y la cuenca del río Magdalena, razón por la cual se consolidó como una zona ideal para la construcción de pequeñas y medianas centrales hidroeléctricas.

El primer proyecto importante es denominado La Miel I, el cual se terminó de construir en el año 2003. Esta hidroeléctrica fue diseñada y construida con embalse, generando 398 MW, lo que la hace una de las principales hidroeléctricas en el país. El proyecto hidroeléctrico embalsa el río La Miel y río Moro (Environmental Justice Atlas. s.f.) Con el fin de aumentar la generación de energía, la Autoridad Nacional de Licencia Ambientales concedió licencia ambiental para trasvasar el río Manso, a través de un túnel de 4,1 Km al embalse Amaní. En los impactos ambientales previstos, se encontraba una infiltración de agua al interior del túnel de alrededor de 20 l/s. No obstante, en el proceso constructivo se presentaron infiltraciones de más de 250 l/s, situación que afectó en superficie alrededor de 22 quebradas, manantiales y afluentes que se encontraban en el área de influencia del túnel (Correa P. 2012).

Lo anterior llevó a que la autoridad ambiental como medida preventiva, suspendiera provisionalmente la ejecución de la obra hasta tanto no se solucionaran los conflictos con los campesinos que captaban agua de los cauces afectados para el consumo humano, agrícola y pecuario. Ante la imposibilidad técnica de restaurar las quebradas, manantiales y afluentes afectados con la construcción del túnel, Isagen decidió comprar cerca de 350 hectáreas y compensar otro tanto de familias, convirtiendo lo que antes era La Lagunilla en una vereda fantasma (Correa P. 2012)

Pese a los problemas ambientales, sociales, económicos y culturales presentados en La Miel I, el proyecto de La Miel II ya cuenta con licencia ambiental, cuyo diseño es a filo de agua, con la construcción de dos túneles de conducción de 757 metros y 4.8 kilómetros. Este proyecto se encuentra priorizado en el plan de desarrollo 2020 - 2023 a través de la Promotora Energética del Centro. (Ordenanza 875, 2020, Art. 3.6.3.)

d. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de hidroeléctricas.

El primer antecedente jurisprudencial, corresponde al caso de las hidroeléctricas que

realizan construcción de presas, específicamente en el caso de Guatapé, Antioquia. En ese caso, el Consejo de Estado declaró administrativamente responsable a EPM por los daños consistentes en el aumento del cauce del río donde descarga el embalse de Guatapé el agua, así como la socavación y erosión causados a los habitantes del municipio de San Rafael por los procesos de socavación y erosión del río, lo que ha causado inundaciones y deterioro de las casas del grupo actor. El alto tribunal concluyó que todos los daños generados en el río Guatapé tuvieron origen en la instalación y puesta en funcionamiento de la represa Guatapé. En la sentencia, la sala optó por analizar la responsabilidad estatal mediante el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo peligro, o también conocido como teoría del riesgo excepcional, el cual, en líneas precedentes fue definido (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. AG. 03491)..

El Consejo de Estado consideró que la presencia de la presa para la generación de energía, trae consigo unos efectos negativos para el medio ambiente y las condiciones sociales y económicas de la población que se encuentra inmersa en el área de influencia, por lo que los pobladores se ven expuestos a un riesgo anormal e inusual. Es por ello que declaró la responsabilidad por parte de EPM de los daños alegados en la demanda. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, P. AG. 03491). Aunque en este caso la generación de energía implica la construcción de una presa o embalse, es relevante para posteriormente analizar el caso de la Hidroeléctrica El Edén.

Un aspecto de vital relevancia para analizar en este punto es las causales eximentes de responsabilidad en caso de considerar que la administración creó un riesgo anormal e inusual. En este régimen de responsabilidad, el demandado sólo podrá eximirse de responsabilidad por (i) fuerza mayor y (ii) por hecho de la víctima o de un tercero. En este régimen, la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito cobra especial relevancia; la fuerza mayor consiste en una causa exterior, externa al demandado, mientras que el caso fortuito es una causa desconocida pero del demandado, es decir, no hay culpa. Como ya se dijo, en la responsabilidad por riesgo excepcional, no interesa si el demandado actuó con culpa, ya que este debe responder por todos los daños que se causen, en virtud de considerar esa actividad

como riesgosa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, P. 234337)

Recientemente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación, abordó la responsabilidad de las hidroeléctricas y las autoridades ambientales, toda vez que en la ribera del río Anchicayá se causaron daños antijurídicos debido al vertimiento de sedimentos en labores de mantenimiento de la hidroeléctrica. El alto tribunal consideró que dada la magnitud y características de las centrales hidroeléctricas, tienen unos efectos inherentes que alteran el medio ambiente, además de las condiciones sociales y económicas del área de influencia, por ende la entidad encargada de dicho mantenimiento es responsable por la teoría del riesgo excepcional.

A su vez, consideraron responsables a las autoridades ambientales (CVC y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) por la falla en el servicio, pues a consideración de la corte, el hecho de haber tolerado el hecho generador del daño constituye una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones legales. Especial atención implica dicha declaratoria de responsabilidad, ya que para la época en que se construyó de la Central Hidroeléctrica Bajo Anchicayá no se requería licencia ambiental, la autoridad ambiental falló al momento de vigilancia y control sobre las labores de mantenimiento que implican unos impactos ambientales (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, P. 2179206). Aunque en el caso concreto analizado en dicha sentencia se refería el mantenimiento propio de Central Hidroeléctrica del Bajo Anchicayá, la alta corte consideró bajo la teoría del riesgo excepcional, que las actividades encaminadas a la generación de energía a partir del recurso hídrico corresponden a una actividad riesgosa.

En ese sentido, ya se cuenta con un precedente en cuanto a la consideración de la generación de energía a partir del agua como una actividad riesgosa; no obstante, la modalidad de generación en la Hidroeléctrica El Edén, incluye un túnel de conducción, el cual sería el responsable de los presuntos daños. En ese sentido, la construcción de obras públicas también ha sido considerada como una actividad riesgosa, lo que le corresponderá analizar al operador jurídico en cada caso concreto.

CAPÍTULO III

Responsabilidad del Estado Colombiano y de la Central Hidroeléctrica el Edén en materia medioambiental.

a. Contexto del proyecto hidroeléctrico el edén.

Para hacer un análisis en cuanto a las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano y a la Central Hidroeléctrica el Edén, es importante hacer un recuento de los hechos e impactos más relevantes producto de la construcción de este proyecto hidroeléctrico. El recuento se hace teniendo como base y/o fuente los hechos narrados en el medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo⁹, actualmente en curso en el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, y la sentencia proferida el día 29 de noviembre de 2018, por este mismo Tribunal, al interior de acción popular¹⁰ presentada en el año 2015 con el apoyo de la clínica ambiental de la Universidad de Caldas.

También, es importante mencionar que para una mejor comprensión de lo que a continuación se expondrá, es procedente recordar la forma en cómo funciona la Central Hidroeléctrica el edén (igualmente explicado en el Capítulo II, punto a, literal i.iii):

Catalogada como un central hidroeléctrica a filo de agua, esta empresa toma el agua del río La Miel, en su paso entre los municipios de Manzanares, Pensilvania y Marquetalia, luego es conducida por un túnel de una longitud total de 5,845 kilómetros, atravesando los corregimientos de Bolivia, Patio Bonito y La Costa, para finalmente desembocar a la altura de La Soledad Alta, jurisdicción de Pensilvania, Caldas; allí, el agua desciende hacia las turbinas generadoras de energía, para finalmente ser incorporada de nuevo al cauce del río La Miel. La capacidad instalada para la generación de energía es de 19.3 Mw.

⁹ Radicado N. 17001233300020170030300. Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

¹⁰ Acción popular bajo el radicado N.17001233300020150019200. Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

Lo precedente se sintetiza en la siguiente imagen:



Fuente: (HIDROGEOCOL S.A., 2014, pág. 16)¹¹

i. Hechos relevantes para el caso en concreto.

El oriente del departamento de Caldas se caracteriza por sus riquezas naturales y variados climas, cuenta con selvas e importantes afluentes de agua para la región, lo que hace a esta zona atractiva para la construcción de proyectos hidroeléctricos. Los pobladores de las áreas rurales de esta zona del Departamento desarrollan en su mayoría labores pecuarias y agropecuarias (especialmente cafeteras), puesto que el territorio y las condiciones climáticas así lo permiten.

Para el inicio de este proyecto hidroeléctrico, el 30 de noviembre del 2010, la Sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A. (LATINCO S.A.) solicitó a la Corporación Autónoma Regional de Caldas (CORPOCALDAS), como autoridad competente para el presente caso, la expedición de licencia ambiental para la construcción y puesta en

¹¹ HIDROGEOCOL S.A. hace referencia a que la fuente primigenia de esta imagen explicativa es: Sociedad Central Hidroeléctrica El Edén S.A.S E.S.P (2014).

marcha de la hidroeléctrica el Edén; conforme a las necesidades del proyecto, este se encuentra ubicado entre los municipios de Manzanares, Pensilvania y Marquetalia. Es importante resaltar que el proyecto inicial no contemplaba la construcción del túnel de conducción de 5.8 Km., es decir, la generación de energía se daba en el mismo punto de captación del cauce del río La Miel.

Luego de la solicitud de licenciamiento ambiental, incluyéndose dentro de esta el Plan de Manejo Ambiental y Estudio de Impacto Ambiental, CORPOCALDAS, mediante resolución No. 173 del 04 de mayo de 2011 otorgó licencia ambiental a la Sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A. (LATINCO S.A.).

En este mismo año, específicamente el 22 de septiembre de 2011, mediante resolución 369 del 2011, CORPOCALDAS autorizó la cesión de la licencia ambiental a la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P., por estar legalmente permitido.

En noviembre del año 2011, la sociedad Central Hidroeléctrica el Edén S.A.S. E.S.P. radicó solicitud ante CORPOCALDAS para que la licencia ambiental que inicialmente fue otorgada, fuera modificada con el objetivo de que se autorizaran hacer cambios estructurales y complementarios a todo el proyecto, como por ejemplo, la ubicación de captación del agua del río la miel, un cambio en la localización en el túnel de conducción del agua (portales de entrada y salida), entre otros. La solicitud de modificación fue motivada manifestando que lo autorizando inicialmente no era lo más viable o adecuado en materia ambiental, pues implicaría muchos riesgos para las quebradas impactadas por la construcción del túnel de conducción; en virtud de lo anterior, CORPOCALDAS inició el procedimiento de modificación de licencia, lo que implicó nuevos estudios de impacto ambiental, pues no se tenía seguridad sobre las consecuencias de autorizar dicha solicitud de modificación.

El día ocho (08) de noviembre de 2012, la sociedad Hidroeléctrica El Edén inició la construcción de este proyecto. Luego, CORPOCALDAS, en el año 2013 requirió en varias oportunidades a la Central Hidroeléctrica para que complementara la información con respecto a los impactos en el recurso hídrico, para finalmente suministrar en julio del año 2013 los diseños definitivos de todo el proyecto.

Pasados 21 meses desde la solicitud de modificación de licencia ambiental, mediante Resolución 279 de agosto de 2013, CORPOCALDAS resolvió autorizar la modificación de la licencia ambiental, lo que conllevó al cambio en varios aspectos principales y complementarios del proyecto, entre los cuales se puede mencionar la relocalización de los portales de entrada y salida del túnel de conducción y de los puntos de captación del agua.

En el año 2014 comenzaron las quejas por parte de la comunidad de las áreas de influencia, especialmente de los residentes del Corregimiento Bolivia (Pensilvania, Caldas) frente a la afectación del recurso hídrico, pues se empezó a presentar el desecamiento de las quebradas, manantiales y afluentes, las que su cauce está afectado por la construcción del túnel de conducción a casa de máquinas; esto implicó que CORPOCALDAS en junio de 2014 ordenara suspender de manera preventiva la construcción del túnel de conducción.

En agosto de 2014, la autoridad ambiental levantó parcialmente la anterior medida preventiva, en el sentido de que permitió continuar con la construcción del túnel de entrada, pero continuó vigente la suspensión de la construcción del túnel de salida; en noviembre de este mismo año emitió concepto en dónde indicaba que se presentaba disminución en los caudales de aguas superficiales. En cumplimiento de los requerimientos formulados por CORPOCALDAS en el marco de la medida preventiva, la hidroeléctrica presentó *“modelo hidrogeológico conceptual y numérico”* elaborado por Hidrogeocol S.A., con el fin de restar las dudas que rodeaban el proyecto.

Tras las múltiples quejas presentadas por la comunidad, se hizo necesario que intervinieran la Personería Municipal de Pensilvania, Caldas, en dónde le solicitó a CORPOCALDAS información acerca de los daños ambientales, y el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, haciendo una visita a la zona y escuchando a la población sobre la problemática, pero al parecer, ninguna de estas acciones obtuvo resultados relevantes para frenar la situación.

Cabe destacar que en marzo de 2015 (después del evento súbito), cuando aún faltaba un tramo del túnel para construir, la Hidroeléctrica solicitó nuevamente la modificación de la licencia ambiental, para que el caudal de infiltración al interior del túnel fuera superior, pasando de 17 a 80 l/s, ya que los valores de infiltración estaban por ese orden. Aún cuando se tenía el panorama anteriormente mencionado, la hidroeléctrica comenzó su operación el 02 de marzo del 2017, habiendo entonces culminado la construcción del túnel (portales de entrada y de salida) sin contar con las modificaciones necesarias de la licencia ambiental.

La Hidroeléctrica manifestó que la causa de la problemática sería el denominado “*fenómeno del niño*”¹², presentado entre los años 2014 y 2016; sin embargo, las quejas de la comunidad iniciaron en el mes de abril de 2014 y los efectos de este fenómeno tuvieron lugar a partir de junio del mismo año; además, este fenómeno terminó y el desabastecimiento de las fuentes de agua se sigue presentando en la actualidad, al igual que otras graves afectaciones al medioambiente, pese a la presencia de lluvias.

ii. Impactos ambientales y sociales.

A partir de los hechos expuestos en líneas anteriores, es consecuente mencionar cuáles han sido los principales impactos medioambientales que son visibles y/o manifestados por la comunidad de las áreas de influencia, esto con el objetivo de poder concretar las consecuencias de la construcción del proyecto Hidroeléctrico el Edén. Es menester hacer la claridad que hay impactos que son previstos desde el Estudio de Impacto Ambiental y otros sobrevinientes a la construcción de la Hidroeléctrica.

ii.i Impactos ambientales.

¹² El fenómeno del niño es catalogado por el IDEAM como un evento climático que se genera cada cierto número de años por el calentamiento del Océano Pacífico, provocando reducción en las lluvias, calentamiento del aire, incremento de incendios forestales, disminución de caudales, entre otros (CORPOURABA, s.f.).

En el capítulo II se hizo alusión a los múltiples riesgos ambientales que implican las construcciones de las hidroeléctricas en el país, sea cual sea su forma de generación de energía, pues todas alteran el estado natural de los territorios o áreas de influencia. En este punto es importante mencionar que si un proyecto requiere licenciamiento ambiental, implica necesariamente que genera impactos ambientales. No obstante, es importante evaluar si la construcción del túnel puede ser considerada como una actividad riesgosa y así poder aplicar la teoría del riesgo excepcional para la reparación de los alegados daños.

ii.i.i Parámetros para determinar los impactos ambientales en los términos de referencia.

Conforme obra en el expediente de la ya referida acción de grupo, en abril de 2010, la Sociedad Latinoamericana de Construcciones (LATINCO S.A.) solicitó a CORPOCALDAS los términos de referencia para la construcción de centrales hidroeléctricas. De los términos de referencia con que contaba la autoridad ambiental para esa fecha, se puede resaltar lo siguiente:

- En el seguimiento del medio abiótico, los términos de referencia exigen la presentación de una cartografía detallada (Unidades y rasgos estructurales) de manera actualizada.
- La identificación de las especies endémicas y/o en vía de extinción.
- En la hidrogeología, establece la obligación de fijar las unidades hidrogeológicas a intervenir, realizar un inventario de los puntos de agua que se puedan ver afectados y realizarles el respectivo seguimiento.
- Adicionalmente, establece para el caso de la construcción de túneles, que se deberá evaluar la permeabilidad y la relación con los cuerpos o flujos de agua superficiales. En los mismos términos de referencia se menciona el porqué de los últimos en los siguientes términos: *“Lo anterior con el propósito fundamentar los impactos potenciales sobre el recurso hídrico subterráneo por la construcción del túnel y plantear de mejor manera las medidas preventivas correspondientes que reduzcan las infiltraciones y la reducción de caudales en superficie”* (CORPOCALDAS, s.f.).

Adicionalmente, en el acápite de evaluación ambiental de los términos de referencia, la corporación establece que se debe hacer un análisis con dos supuestos, con y sin proyecto, de las cuales se resalta que en caso de incertidumbre respecto a los impactos, se debe consignar el escenario más crítico. Específicamente para los impactos que se puedan generar en las aguas superficiales sobre el trazo del túnel, la corporación dispone textualmente:

Se deberá realizar un inventario de los cuerpos de agua ubicados sobre el alineamiento de los túneles de conducción y desvío, para los cuales se obtendrán registros de caudales mensuales durante un periodo mínimo de un año, lo cual servirá como referente para la posterior validación de los posibles impactos estimados por desecamiento temporal o permanente de dichos cuerpos de agua por la perforación del túnel; de acuerdo a lo anterior se deberán plantear los respectivos planes de manejo y de monitoreo y seguimiento del comportamiento de dichas corrientes para las fases de construcción y operación. (Subrayado fuera del texto original). (CORPOCALDAS, s.f.)

Lo anterior constituye un conocimiento por parte de la autoridad ambiental y de la comunidad en general de los impactos negativos que puede traer consigo la construcción de hidroeléctricas que tengan en su diseño túneles.

ii.i.ii Impactos ambientales previstos en los estudios de impacto ambiental.

En los estudios de impacto ambiental elaborados por Latinco S.A. y posteriormente por la sociedad Hidroeléctrica El Edén S.A.S., se contemplaron los siguientes impactos ambientales:

- Remoción de vegetación, lo que genera un impacto en la fauna terrestre debido a la disminución de la disponibilidad de recursos necesarios para la presencia de la fauna.
- Alteración de la flora en la construcción de la vía e instalación del tendido eléctrico.

- Disminución en la flora y fauna acuática en el tramo comprendido entre la captación del caudal del río La Miel, hasta que se incorpora nuevamente.
- Posible afectación de especies en peligro de extinción y/o endémicas, tales como la rana *rheobates ramosi* y la lagartija *anolis tolimensis*. La posible afectación de estas especies está directamente relacionada con el desecamiento de las aguas superficiales. (Latinco S.A., 2010)

Valga la pena mencionar que no todos los impactos previstos en el estudio de impacto ambiental son negativos, pues allí se relacionan los que tienen un efecto positivo, tales como el pago de transferencias, posibilidad de inversión social, mayor conocimiento de los recursos naturales con que cuenta la zona, entre otros.

ii.i.iii Afectación del recurso hídrico en el área de influencia.

El principal efecto negativo, causante de las quejas de la comunidad y de los litigios, tiene que ver con el desecamiento de los afluentes, manantiales y quebradas superficiales que se encuentran sobre el trazado del túnel de conducción. De este impacto ambiental existe suficiente seguimiento, ya que los Informes de Cumplimiento Ambiental -ICA-, exigen una medición constante en los aforos de estos afluentes. La corporación autónoma exige que en los ICA queden registrados los aforos de los cuerpos de agua previamente identificados, de modo que queden consignados las condiciones de estos antes, durante y después de las labores constructivas de la hidroeléctrica.

Tal como se encuentra señalado en los términos de referencia, la afectación al recurso hídrico es un efecto adverso previsible y que guarda relación directa con la construcción de túneles (CORPOCALDAS, s.f.). En la construcción de estos, se prevé una infiltración de aguas subterráneas, es decir, que brote agua por las paredes conforme se avanza con la construcción del túnel. No obstante, con los estudios hidrogeológicos necesarios, se puede establecer las condiciones del trazado del túnel, que permitan la implementación de medidas contingentes en la procura de reducir las infiltraciones a su mínima expresión, tales como impermeabilización y contrainyección.

A lo largo del trazo del túnel, varios manantiales y nacimientos se secaron o disminuyeron sustancialmente su caudal, de los cuales las familias tomaban el agua para el consumo humano, agrícola y pecuario. Lo anterior fue debidamente denunciado por parte de la comunidad afectada ante la autoridad ambiental (CORPOCALDAS). Mientras tanto, al interior del túnel se presentaban infiltraciones que superaban los 80 l/s, lo que CORPOCALDAS y la hidroeléctrica denominaron “*Eventos súbitos*”. Un mes después, el fenómeno del niño, según reportes del IDEAM, empezó a generar efectos en la zona de influencia del proyecto.

En ese sentido, existe un gran debate respecto a la causa de la afectación del recurso hídrico; no obstante, existen elementos de juicio que permiten inferir de manera razonable que la causa corresponde a la construcción del túnel, esto si se tiene en cuenta que la corporación autónoma tenía previsto en sus términos de referencia dicho impacto, que cuando la hidroeléctrica solicitó la modificación de la licencia ambiental para cambiar el trazo del túnel, la fundamentó en que conforme se había licenciado el proyecto, podría afectar gravemente las aguas superficiales, aunado a los eventos súbitos anteriormente mencionados. La anterior afirmación encuentra respaldo en dictamen pericial elaborado por el geólogo Alberto Lobo-Guerrero, el cual afirma que la construcción del túnel tiene directa relación con la afectación presentada en las aguas superficiales y que este evento no obedece al fenómeno del niño. Por su parte, la hidroeléctrica presentó un estudio elaborado por Hidrogeocol S.A., denominado “*modelo hidrogeológico conceptual y numérico*” en el que se concluye que las aguas infiltradas en el túnel no tienen relación alguna con las aguas superficiales que se vieron alteradas; estudio que se sustenta en una prueba isotópica elaborada por la Universidad de Waterloo, Ontario Canadá; sin que dichos resultados obren en el proceso. Al interior de las acciones judiciales, los demandantes han cuestionado seriamente la confiabilidad de dicho estudio, el cual deberá ser evaluado por la autoridad judicial correspondiente en la oportunidad procesal señalada para ello.

Adicionalmente, el fenómeno del niño cesó, se han presentado temporadas de lluvias y los caudales, o siguen secos o no han recuperado el cien por ciento de su caudal, lo que constituye un desafío constante para los habitantes de la zona de influencia.

Estudios y testimonios recepcionados en los procesos judiciales señalan que la recuperación de esos caudales podría demorar hasta 50 años.

Según los Informes de Cumplimiento Ambiental (ICA) presentados en el año 2021 por la Hidroeléctrica el Edén, algunos puntos de quebradas como La Balastrera y Patio Bonito aún se encuentran secos; por su parte, los demás afluentes presentan una disminución importante en su caudal, en comparación con el que históricamente había presentado, según los relatos de la comunidad.

ii.ii Impactos sociales.

Desde el inicio de la construcción del proyecto se generó en la población incertidumbre ante algo desconocido. También, parte de la población sabía de otros proyectos hidroeléctricos en el oriente del Departamento Caldas que representaron impactos en los predios y en la población, lo que les permitía tener un panorama de este tipo de proyectos.

Aunque para la población representó un horizonte de incertidumbre, atendiendo a lo que procede en este tipo de proyectos, la empresa autorizada para la construcción de la Hidroeléctrica se encontraba en el deber de comunicar todo lo que conllevaba la construcción y puesta en marcha de una infraestructura de esta magnitud; sin embargo, aunque se informó a la población del área de influencia, se desprende una relación desequilibrada entre la Hidroeléctrica y aquella.

En el presente caso, la Hidroeléctrica el Edén en sus videos promocionales en YouTube, manifiesta que la construcción y puesta en marcha de este proyecto generaría enormes beneficios sociales para las poblaciones de las zonas de influencia, teniendo como propósito el equilibrio entre la rentabilidad y los beneficios sociales. Entre estos beneficios mencionaron la utilización de mano de obra local para el proyecto, programas de reforestación, rehabilitación de vías terciarias en mal estado, construcción de 2 puentes, construcción de un parque para beneficio comunitario, mejoramiento a las escuelas de la zona y el apoyo a programas deportivos y musicales (Central Hidroeléctrica el Edén, 2014).

De los anteriores beneficios sociales, se pueden considerar en un inicio, como su nombre lo indica, de beneficio para la población del área de influencia; no obstante, la discusión se presenta al contrastar la dimensión de los impactos positivos con los negativos, es decir, se entra en discusión si esos impactos positivos compensan o mitigan las graves afectaciones al medioambiente y a los predios, que pueden ser producto de la construcción del túnel de conducción.

Entonces, los impactos en las quebradas, manantiales y cauces, según manifiesta la comunidad, trajeron consigo repercusiones graves para la salud y condiciones de su vida. Más allá de la sustracción del agua en sus territorios, esto pudo ser la causa de que su economía se afectara, como lo es lucro cesante por disminución en las ganancias de sus cultivos o actividades pecuarias y el daño emergente por desvalorización de los predios; también, se están dando cambios en los usos del suelo, lo que hace variar sus actividades productivas y de vocación. En la esfera social se presenta el desplazamiento por parte de campesinos que se han visto obligados a salir de sus predios como consecuencia de las condiciones económicas, impactando entonces no solo su vida social, sino también familiar.

En síntesis, en cuanto a los impactos sociales, el dueño del proyecto se enfoca en mencionar los impactos positivos, pero como en la mayoría de proyectos de esta magnitud, pueden llegar a ser mayores los impactos sociales negativos en la población, siendo insuficientes los beneficios para compensar los daños causados.

iii. Acciones constitucionales y legales presentadas a razón de la construcción de la Hidroeléctrica el Edén.

Ante los hechos e impactos presentados en el caso bajo estudio, fue necesario acudir a acciones constitucionales y legales para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la búsqueda de reparación de los daños alegados.

En un capítulo precedente se hizo mención a la importancia de contar con acciones para poder exigir el cumplimiento de un derecho o conjunto de derechos de los que se es titular. Para este caso, la fuente constitucional que permite la protección de derechos e intereses colectivos y la búsqueda de la reparación de los daños causados

a un grupo, es el **artículo 88** de la Constitución política, mandato constitucional que encarga a la Ley la regulación de tan importantes acciones para los ciudadanos.

La **ley 472 de 1998** se promulgó con el objeto de regular las acciones populares y de grupo; la **primera** es entendida como el medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos, con el fin de evitar un daño contingente, hacer cesar una amenaza o vulneración a estos derechos (Ley 472, 1998. Art 2). La **acción de grupo** es entendida como aquella que se interpone por un conjunto de personas (20) que tienen en común unas condiciones uniformes frente a la causa que originó los perjuicios, teniendo como fin conseguir la reparación de los daños causados (Ley 472, 1998. Art 3).

iii.i Acción popular presentada en el año 2015

Con el objetivo de frenar los daños presentados en las áreas de influencia, se instauró acción popular, conocida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, bajo el radicado 17001233300020150019200. Con esta acción se buscó que se protegieran los derechos colectivos al medio ambiente sano, al agua, a la moralidad administrativa, a la seguridad alimentaria y la protección de los recursos agropecuarios.

Se plasmaron como pretensiones de la acción: **i)** la protección a los derechos e intereses colectivos mencionados; **ii)** se ordenara la suspensión de la licencia ambiental otorgada, hasta que se tomaran las medidas necesarias para controlar la infiltración en el túnel de conducción y la sequía de las fuentes hídricas; **iii)** se ordenara a la central hidroeléctrica usar medios diferentes a los explosivos para la construcción del túnel, tomar acciones para la restauración de los ecosistemas y brindar abastecimiento de agua a la población afectada, y **iv)** se ordenara a CORPOCALDAS y a la hidroeléctrica tomar medidas para compensar y reparar los daños producidos al medioambiente y a la comunidad.

La Central Hidroeléctrica el Edén se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que no había afectación alguna al medioambiente, que en ese momento se estaba dando pleno cumplimiento a la licencia ambiental otorgada, así

como tampoco era posible modificar la forma de construcción del túnel, pues no se contaban con los estudios necesarios para hacerlo. Además, afirmó que los actores no aportaron las pruebas suficientes para demostrar lo alegado.

Por su parte CORPOCALDAS manifestó que la licencia ambiental y sus modificaciones fueron otorgadas con los estudios de rigor, que todas las quejas recibidas fueron atendidas oportunamente. Al igual que la hidroeléctrica, manifiesta que los accionantes no presentaron pruebas científicas que sustenten las afectaciones afirmadas.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas estableció como problema jurídico el siguiente: *“¿Probó la parte demandante que la construcción del proyecto Hidroeléctrico del Edén ubicado en el flanco oriental de la cordillera central, entre los municipios de Manzanares, Pensilvania y Marquetalia, vulnera o pone en peligro los derechos colectivos invocados?”* (Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, noviembre 29 de 2018).

Para resolver el anterior problema jurídico este Tribunal consideró que a partir de las pruebas aportadas al proceso, la parte actora no logró demostrar la vulneración a los derechos colectivos invocados, pues no se presentó algún sustento científico que demostrara las afectaciones a las fuentes hídricas y al medioambiente, y que, por el contrario, CORPOCALDAS acudió a estudios científicos completos para analizar los impactos producto de la construcción de la hidroeléctrica, lo que permitió concluir que la disminución de caudales fue producto del “fenómeno del niño”; en igual sentido determinó que nada conduce a que estos hechos tuvieran nexo con la construcción del proyecto.

Asimismo, consideró que al tratarse de un proyecto que requiere de precauciones particulares, la autoridad ambiental y la hidroeléctrica, conforme a las pruebas documentales aportadas, cumplieron con los estudios y requisitos establecidos, siguiendo esta última todas las recomendaciones de la primera.

En cuanto a la obligación de hacer parte del proyecto a la comunidad, encontró probado que CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica el Edén si cumplieron con

esta obligación, y que brindaron soluciones a la contingencia de sequía de las fuentes hídricas.

Frente a este sentido del fallo y de los argumentos expuestos, basados en las pruebas aportadas, es procedente hacer algunos comentarios:

En primer lugar, es prudente decir que son los jueces quienes determinan el valor y alcance de las pruebas aportadas a un proceso, y según esto encaminar el sentido del fallo, sin embargo, esto no impide hacer comentarios respecto del mismo.

En este fallo se hace mención a la carga en cabeza de los actores de probar los daños, recordando el contenido de sentencia del 18 de junio de 2008, proferida por la Sección Tercera del Consejo Estado, la cual establece qué, conforme al artículo 30 de la ley 472, la prueba de los hechos de la presunta vulneración de los derechos colectivos está en cabeza del actor, pudiendo ser atenuada esta regla por razones de orden económico o técnico, que hacen que la parte actora no pueda cumplir con dicha carga. En el caso anterior es deber del juez determinar la forma más idónea para obtener los elementos probatorios que le permitan llevar al conocimiento necesario para tomar una decisión de fondo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, P. 228033).

Sobre este punto en particular, se debe resaltar que el Juez puede dejar en cabeza de la parte demandada, o de un tercero capacitado, aportar las pruebas decretadas, pues se trata de asuntos que requieren certeza científica y/o técnica. De la lectura de la sentencia en el caso en concreto, y teniendo en cuenta que los actores no estaban en capacidad económica para aportar pruebas científicas, se encuentra que el Tribunal no hace referencia a que se haya decretado la práctica pruebas periciales, desprendiéndose entonces que únicamente se basó en las pruebas que se aportaron por las demandadas.

Las pruebas que se consideraron como determinantes para el fallo, en su mayoría hacen referencia a los estudios de impactos hechos antes y durante la construcción del proyecto por la Hidroeléctrica, mismos que no aportaron conocimiento diferente al que ya se tenía en el trámite de otorgamiento y modificación de la licencia ambiental.

Al afirmarse por los actores las mencionadas afectaciones, se considera que era necesario hacer estudios diferentes a los que se presentaron con la solicitud de licencia y de modificación de licencia, pues los anteriores, en criterio de las demandadas, presentaban impactos que permitían llevar a cabo el proyecto, y por ende se otorgó la licencia ambiental; entonces, si se presentan impactos no previstos en dichos estudios, lo más coherente no es acudir a los mismos.

En otro apartado de la sentencia se hizo referencia a que se declaraba probada la excepción de *“Realización de una actividad lícita y con los permisos necesarios de acuerdo a las normas”* propuesta por la Hidroeléctrica y que:

Se debe señalar que no hay ninguna prueba técnica o científica que demuestre los supuestos hechos sobre los cuales fundamentan las pretensiones los actores, pues la licencia ambiental y sus modificaciones fueron aprobadas de manera legal, así mismo las medidas de prevención se realizaron de acuerdo a las pruebas otorgadas, y por su parte la Hidroeléctrica siguió con rigor las recomendaciones de la autoridad ambiental (Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, noviembre 29 de 2018).

De lo anteriormente transcrito, se puede decir que el Tribunal se enfocó en analizar en que el trámite de la licencia se hubiese hecho conforme a la ley, pero el objeto de la acción popular es cesar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos, que para el caso en concreto se necesitaban estudios y/o dictámenes para analizar los impactos no previstos en los estudios de impacto ambiental; entonces, el objeto de esta acción no estaría en analizar la legalidad de la licencia ambiental y modificación de la misma.

Este fallo fue apelado por la parte actora y a la fecha se encuentra en trámite este recurso ante el H. Consejo de Estado Colombiano; este último ha decretado pruebas de oficio con el objeto de analizar las condiciones medioambientales y los impactos alegados por los actores.

iii.ii Acción de grupo presentada en el año 2017

Con el objetivo de buscar la reparación de perjuicios causados a un grupo, se presentó acción de grupo en el año 2017, conocida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, bajo el radicado 17001233300020170030300.

Con esta acción los demandantes pretenden, conforme lo expuesto en el escrito de demanda, que se declaren administrativamente responsables a CORPOCALDAS, La Central Hidroeléctrica el Edén y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por la vulneración de los derechos fundamentales y colectivos como consecuencia de la construcción de este proyecto. Además, se pretende que se condenen a estas a pagar los daños y perjuicios causados a los accionantes.

Como se hizo mención en líneas precedentes de este capítulo, la razón central que fundamenta las pretensiones de reparación son el desecamiento de los afluentes, manantiales y quebradas superficiales que se encuentran sobre el trazado del túnel de conducción.

Los principales argumentos de defensa esbozados por CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén son: (i) que las aguas que se infiltraron en el túnel no tienen conectividad o relación con las quebradas y fuentes superficiales que se vieron afectadas y (ii) que la causa del agotamiento de esas aguas corresponde al fenómeno del niño.

Otro argumento que ha sido expuesto por parte de los demandados en su ejercicio defensivo, consiste en que las personas que tomaban agua de los cauces que se secaron o disminuyeron su caudal, no contaban con una concesión para el aprovechamiento del recurso hídrico, por lo que consideran que no se encuentran legitimados para pretender la reparación de los perjuicios. El anterior postulado se puede decir que desconoce la realidad del campo colombiano, en un país centralista, donde el campesino promedio no cuenta con una educación formal y su conocimiento es empírico. Reflejo de esta realidad es que la normativa en la materia consagra que las denominadas “*viviendas rurales dispersas*” son una excepción para la exigibilidad de concesión de aguas, según el artículo 2.2.3.4.1.1. del Decreto 1076 de 2015.

Al tratarse de hechos que para ser probados requieren de dictámenes especializados, al interior de esta demanda se presentaron los siguientes:

- (i) Dictamen pericial elaborado por el geólogo Alberto Lobo-Guerrero, el cual tiene por objeto probar la relación directa entre las infiltraciones al interior del túnel de conducción y las aguas superficiales.
- (ii) Dictamen pericial elaborado por el perito evaluador José Norbey Quintero, el cual tiene por objeto probar la desvalorización de los predios como consecuencia de la afectación del recurso hídrico que abastecía los mismos.
- (iii) Dictamen pericial elaborado por la psicóloga Luz María Gómez, el cual tiene por objeto probar los daños morales y el daño a la salud producido a los demandantes.
- (iv) Dictamen pericial elaborado por la sociedad BIOOS S.A.S., el cual tiene por objeto probar los daños y perjuicios consistentes en el daño emergente y lucro cesante en las actividades pecuarias y agropecuarias.
- (v) Dictamen pericial elaborado por la psicóloga Angélica María González Martínez, el cual pretende objetar por error grave el elaborado por la psicóloga Luz María Gómez.
- (vi) Dictamen pericial elaborado por el ingeniero agrónomo Marco Aurelio Villegas, el cual pretende objetar por error grave el presentado por la sociedad BIOOS S.A.S.

Los anteriores dictámenes serán determinantes para demostrar el nexo entre los impactos y la construcción de este proyecto, así como los perjuicios que se alegan, razón por la cual, será el juez quien determine su sentido del fallo con respecto a estos y su correspondiente contradicción.

Aunque en el presente trabajo de grado no se pretende discutir o comentar los dictámenes periciales aportados, esto no impide que a partir de la doctrina y la jurisprudencia, a continuación se establezcan las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se pueden encontrar responsables al Estado Colombiano y a la Hidroeléctrica por los daños medioambientales ocurridos en el corregimiento de Bolivia, Caldas.

b. Razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable a La Central Hidroeléctrica el Edén.

En primer lugar, corresponde analizar la eventual responsabilidad por parte de la empresa encargada de la construcción. Aunque sea una empresa privada, esta puede ser vinculada al proceso administrativo en virtud del fuero de atracción o de conexión, el cual es definido como la competencia que tienen los jueces administrativos para conocer de los litigios en los que se vean inmersos los particulares, cuando una de las partes sea una entidad pública. Lo anterior no obsta para que en una eventual sentencia condenatoria, el juez se deba declarar impedido si no se encuentra responsable la entidad pública que da lugar al fuero de atracción. Así lo determinó el Consejo de Estado, y además, indicó que para mantener dicha competencia sólo se requiere que al momento de la formulación de las pretensiones y el material probatorio aportado con la demanda se infiera razonablemente una responsabilidad por parte de la entidad pública (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 15.526)

Ahora bien, en cuanto a las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales es posible declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Central Hidroeléctrica El Edén, lo principal es determinar si la construcción y puesta en marcha de la hidroeléctrica genera un riesgo de tal modo que se pueda aplicar la teoría del riesgo excepcional. Tal como se expuso en líneas precedentes, tanto la Corporación Autónoma Regional de Caldas, como la Central Hidroeléctrica El Edén, eran conscientes antes y después de la expedición de la licencia ambiental de los posibles efectos que traería consigo la construcción del túnel en relación con las aguas superficiales. Ahora bien, el simple hecho de tener conocimiento del impacto ambiental no convierte la actividad en riesgosa, de ser así, se abriría la posibilidad de aplicar un régimen de culpa objetivo (que debe ser excepcional) por impactos que no tienen la virtualidad de ser una actividad riesgosa.

Tal como se expuso en el Capítulo I, la teoría del riesgo excepcional consiste en la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, cuando se conjugan los siguientes presupuestos. (i) Que se cause un daño; (ii) que este se cause en el ejercicio de una actividad peligrosa, pese a que ésta sea lícita y necesaria para la vida

en sociedad (Consejo de Estado, Sección Tercera, P. 11401). En ese sentido, el llamado a calificar si la actividad causante del daño es o no una actividad riesgosa es el juez, pues el riesgo es un concepto indeterminado, el cual debe ser valorado conforme el contexto en que se desarrolle cada caso concreto.

No obstante, en el presente caso, factores como la preponderancia que tiene la protección del agua, la vulnerabilidad en que se encuentra la población afectada con la construcción de la Hidroeléctrica¹³ y la dependencia de este líquido para sus quehaceres implica necesariamente que se deba considerar la construcción del túnel como una actividad riesgosa, es decir, si la construcción del túnel de conducción implica un riesgo para las aguas superficiales (La cual es protegida a través de tratados internacionales, la Constitución Política y normas internas), de las cuales se benefician personas en estado de vulnerabilidad y sujetos de especial protección constitucional, quien crea el riesgo debe actuar con sujeción a los principios de prevención y precaución, además debe responder por cualquier daño que llegare a causar en la actividad desplegada.

Determinado entonces que en el caso concreto, la construcción del túnel es considerada una actividad riesgosa, hay que decir que la actividad desplegada por la Hidroeléctrica El Edén es una actividad lícita, ya que la licencia ambiental otorgada no está cuestionada en su legalidad, ni las actividades desplegadas por la central. De igual manera, bien podría considerarse la construcción de la hidroeléctrica como una actividad necesaria para garantizar la seguridad energética del país.

En conclusión, es completamente lógico aplicar la teoría del riesgo excepcional, para así determinar la responsabilidad de la Central Hidroeléctrica El Edén por los daños que alegan las personas que tomaban agua de los afluentes que disminuyeron su caudal o se secaron. Lo anterior no obsta para que en el proceso se pueda declarar un eximente de responsabilidad, según el análisis probatorio que efectúe el despacho judicial.

¹³ Los accionantes en la acción de grupo se caracterizan por ser personas de escasos recursos, que los obtienen de la actividad pecuaria y agropecuaria, la cual depende directamente de la disponibilidad de agua.

c. Razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano.

Para analizar al caso en concreto las razones y/o fundamentos jurídicos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado Colombiano, se analizarán los siguientes puntos: (i) Obligaciones en cabeza de la autoridad ambiental que otorgó la licencia, (ii) Obligaciones en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y (iii) el título de imputación: falla en la prestación del servicio.

(i) Obligaciones en cabeza de la autoridad ambiental que otorgó la licencia.

En el presente caso no se pretende comentar la legalidad de la licencia ambiental otorgada, por lo cual, no se hará mención a las obligaciones de la autoridad ambiental al momento de otorgar la licencia; entonces, el foco estará en las obligaciones posteriores al otorgamiento de la misma.

Posterior al licenciamiento, La Corporación Autónoma Regional de Caldas (CORPOCALDAS) estaba encargada del control y seguimiento de la ejecución y puesta en marcha de la licencia ambiental inicialmente otorgada y de su posterior modificación, obligaciones que se encontraban contenidas al momento de expedición de la licencia y ejecución del proyecto en el Artículo 39 del Decreto 2820 de 2010.

Para analizar la posible responsabilidad de CORPOCALDAS, la normativa mencionada en el párrafo anterior es central, pues consagra textualmente el propósito de la obligación de vigilancia y control en cabeza de CORPOCALDAS, de los cuales se pueden resaltar las siguientes: (i) verificar la eficacia de todas las medidas de manejo implementadas en los estudios y posterior ejecución del proyecto, (ii) verificar y exigir que el titular de la licencia ambiental cumpla con todas las obligaciones derivadas de este otorgamiento de licencia, (iii) examinar el comportamiento ambiental y socioeconómico frente al desarrollo del proyecto, (iv) imponer restricciones ambientales con el objetivo de disminuir los impactos ambientales o imponer medidas adicionales para mitigar impactos no previstos, (v) verificar que el proyecto esté cumpliendo con la normativa aplicable y con todos los permisos otorgados conforme a la licencia ambiental, y (vi) examinar los hechos y las medidas

ambientales implementadas para corregir las contingencias ambientales ocurridas. También, CORPOCALDAS estaba facultada para hacer visitas al lugar del proyecto, hacer requerimientos a la sociedad beneficiaria de la licencia y corroborar a través de medios técnicos que los resultados de monitoreo presentados por el beneficiario de la licencia coincidieran con esta y el plan de manejo ambiental (Decreto 2820, 2010. Art 39).

Para contrastar los fundamentos jurídicos que consagran las obligaciones de CORPOCALDAS y la forma en cómo procedió en la vigilancia del proyecto, se acudiría entonces a los hechos narrados en este capítulo:

Tres años después del otorgamiento de la licencia, y 1 año posterior al inicio de la construcción del proyecto, es cuando se presentan las quejas por parte de la comunidad frente a los ya mencionados impactos ambientales. Conforme está plasmado en las acciones interpuestas por las personas afectadas, CORPOCALDAS sí ordenó la suspensión total de la construcción del túnel de conducción en junio del 2014, y 2 meses después levantó la suspensión únicamente del portal de entrada, quedando entonces vigente la suspensión frente al túnel de salida. También, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS solicitó en diciembre de 2015 la suspensión de construcción del portal de entrada, pues al parecer se estaban sobrepasando los niveles de infiltración autorizados en la licencia ambiental, sin embargo, aparentemente no fue materializada esta medida.

La construcción del proyecto culminó en agosto del año de 2016 y comenzó su operación en marzo del año 2017, afirmando entonces los afectados parte de la acción de reparación causadas a un grupo los siguientes incumplimientos por parte de la autoridad ambiental: (i) No se materializaron las medidas provisionales impuestas frente a la suspensión de la construcción del túnel de conducción, es decir, la hidroeléctrica continuó la construcción del túnel de conducción y CORPOCALDAS no cumplió con sus obligación de materializar dichas medidas¹⁴; (ii) no expidió acto

¹⁴ Para el efecto, la Ley 1333 de 2009, en su artículo 32, consagra que las medidas preventivas deben ser de ejecución inmediata, surtiendo entonces efectos inmediatos. Tienen carácter preventivo y transitorio (Ley 1333, 2009. Art 32). Además, esta autoridad contaba con la potestad de ordenar otras medidas provisionales, como por ejemplo, amonestación escrita, multas, revocatoria de la licencia.

administrativo donde autorizara la modificación de la licencia ambiental en cuanto al aumento en los niveles de infiltración del túnel de conducción.

Los actos administrativos expedidos en vigencia de este licenciamiento ambiental, estaban sujetos a cumplir con los principios de precaución y prevención, por lo cual, en caso de probarse los perjuicios que se pudieron causar con las decisiones que adoptó CORPOCALDAS, o con las omisiones en que pudo incurrir, deberán ser indemnizados. Conforme a esto, si la autoridad ambiental omitió la imposición de medidas que permitían evitar el daño, o las medidas impuestas fueron ineficaces o insuficientes, será igualmente responsable.

Como se ha manifestado, será el juez quien conforme al acervo probatorio determine si CORPOCALDAS incumplió en el seguimiento y vigilancia de la licencia ambiental otorgada; en todo caso, si lo afirmado por los afectados se demuestra, se estaría ante un evidente incumplimiento de esta autoridad ambiental de sus obligaciones consagradas en el Decreto 2820 de 2010¹⁵.

(ii) Obligaciones en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Como organismo rector de la gestión del medioambiente en Colombia, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene una gran responsabilidad en la materia, pues a su cargo no solo está establecer las políticas, planes, programas, proyectos y regulaciones en temas medioambientales, también es responsable de la vigilancia de las autoridades ambientales.

Conforme al artículo 5, numeral 36, de la Ley 99 de 1993, le corresponde a este ministerio el deber de inspección y vigilancia sobre las Corporaciones Autónomas Regionales, y estas últimas están sujetas a seguir todo lo relativo a políticas, planes, programas, proyectos y regulaciones fijados por este ministerio.

Otra normativa en este mismo sentido es el Artículo 2, numeral 10, del Decreto 3570 de 2011, el cual consagra como funciones de este Ministerio, a parte de la inspección

¹⁵ Se recuerda que esta era la normativa vigente al momento de los hechos.

y vigilancia de las Corporaciones Autónomas Regionales, la vigilancia sobre los asuntos que a estas correspondan, de los efectos ambientales que se puedan presentar con la ejecución de un proyecto, y de ser el caso, puede ordenar la suspensión de los trabajos o actividades (Decreto 3570, 2011. Art 2).

Ahora bien, para contrastar la normativa citada y atendiendo a lo narrado en los hechos relevantes para el caso en concreto, los cuales están basados en las acciones constitucionales y legales presentadas por los afectados, es sobresaliente mencionar que el día 4 de septiembre de 2015, el entonces Ministro de Ambiente, ante las múltiples quejas presentadas, fue hasta el corregimiento de Bolivia para inspeccionar la situación y escuchar a la comunidad, asegurando que se iban a tomar las acciones necesarias para controlar los impactos negativos. Según está consignado en las acciones presentadas, a la fecha de la presentación de las mismas, este Ministerio no realizó acción alguna en cumplimiento de su deber de inspección y vigilancia.

Entonces, si conforme al acervo probatorio se determina que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, incumplió en el seguimiento y vigilancia sobre las actuaciones de CORPOCALDAS, se estaría ante un evidente incumplimiento de este a sus obligaciones constitucionales y legales, razón por la cual, también podría tenerse como responsable por los daños que se causen en las omisiones o impericias de la autoridad ambiental que otorgó la licencia.

(iii) Título de imputación: falla en la prestación del servicio o falla del servicio.

Pudiéndose denominar la falla en la prestación del servicio como el título de imputación por excelencia, ya que frecuentemente se considera responsable al Estado por el contenido de este, para el caso en concreto será la razón y/o fundamento jurídico central por el cual se pueden encontrar responsables a CORPOCALDAS y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Esta afirmación tiene su sustento en lo siguiente:

Se considera responsable al Estado, a título de falla en la prestación del servicio, en los casos en donde se presenten omisiones por parte de este, siendo entonces necesario demostrar no solo que el servicio no se prestó, o se prestó de manera

deficiente, también es necesario demostrar que este servicio es una carga obligacional de las entidades, definida previamente por el reglamento o la ley (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera P. 234551).

En el Capítulo I se expusieron los componentes necesarios para que se configure este título de imputación, siendo importante mencionarlos de nuevo para ser contrastados al caso en concreto; Entonces, se precisan los siguientes: (i) la existencia de un daño antijurídico a un tercero, (ii) una entidad pública con una obligación debidamente establecida en la constitución o la ley, de la cual se predique un incumplimiento o inobservancia, y (iii) un nexo causal entre este y aquel (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 8163).

Para el caso de la construcción de La Hidroeléctrica el Edén, se desarrollan los posibles argumentos por los cuales se podría encontrar responsable al Estado colombiano, así:

(i) La existencia de un daño antijurídico a un tercero.

El daño antijurídico se materializa en este caso en aquellos impactos negativos patrimoniales y extrapatrimoniales que la población del área de influencia, en calidad de tercero, no debían soportar producto de la construcción de este proyecto, el mismo que ha sido documentado en el proceso a instancia de la corporación.

ii) Una entidad pública con una obligación debidamente establecida en la constitución o la ley, de la cual se predique un incumplimiento o inobservancia.

CORPOCALDAS como autoridad encargada de otorgar la licencia, tiene específicamente en la ley 99 de 1993 consagradas sus obligaciones como autoridad ambiental, de la cual, para el caso en concreto se podría predicar un incumplimiento o inobservancia de sus obligaciones al momento del seguimiento y vigilancia de la licencia ambiental otorgada a la Central Hidroeléctrica el Edén.

También, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene taxativamente consagradas sus obligaciones en la Constitución y la Ley del medio ambiente, de la cual se puede colegir un incumplimiento en cuanto a la vigilancia sobre CORPOCALDAS y la omisión en usar sus facultades para frenar los daños denunciados.

(iii) Un nexo causal entre este y aquel.

La responsabilidad de las autoridades ambientales se puede ver comprometida si en el curso del proceso judicial se prueba que los daños que alega la comunidad del área de influencia, se hubiesen podido evitar o disminuir en un escenario donde estas actuaran de forma observadora, vigilante y diligente. De esa forma, se considera que la inactividad o negligencia por parte de la autoridad ambiental, contribuye a la causación del daño, aunque no haya sido esta quien directamente lo cause o quien despliega la actividad riesgosa.

Entonces, para este caso se puede decir que existe un nexo entre los daños producidos a la comunidad del área de influencia y las omisiones que se alegan de las autoridades ambientales.

En síntesis, conforme a este título de imputación, en caso de probarse omisión o negligencia o deficiencia, frente al cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales, se podrán declarar responsables a CORPOCALDAS y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, aunque no hayan sido estas quienes causaron directamente el daño o ejercieron la actividad riesgosa.

Conclusiones y/o recomendaciones.

Teniendo en cuenta los objetivos propuestos con el presente trabajo de grado, las conclusiones y/o recomendaciones a las que se llega serán expuestas en dos partes, la primera relativa a conclusiones generales en cuanto a la protección del medioambiente y desarrollo de proyectos hidroeléctricos, y una segunda parte relativa al caso en concreto.

Conclusiones generales.

- La protección al medioambiente en vigencia de la Constitución de 1886 no tuvo un gran desarrollo, siendo los primeros pasos avances legales, más no constitucionales. Estos avances legales, junto con los tratados internacionales, abrieron paso para que el Constituyente de 1991 tuviera al medioambiente como uno de los asuntos con mayor necesidad de consagración y protección constitucional.
- Se puede afirmar que la Constitución Política de 1991 cumple con tener los postulados necesarios para la protección del medioambiente, al consagrar los elementos centrales para conseguir progresivamente el amparo y defensa de este; además, integra los elementos para que pueda surgir la responsabilidad medioambiental del Estado.
- Atendiendo a los postulados constitucionales en cuanto al medioambiente, se puede decir que las Leyes y Decretos, a la fecha, han cumplido con el objetivo de desarrollar los parámetros fijados en la materia para lograr los fines del Estado. Además, ha sido importante la asignación de funciones a las autoridades, para que a través de ellas, se encarguen de la protección del medioambiente, y que toda esta normativa sea cumplida.
- Los elementos estructurantes de la responsabilidad estatal de manera general, son la existencia de un daño (Que debe ser cierto, personal y directo) y una imputación jurídica y material a la entidad pública. Adicionalmente, el dolo y la culpa no constituyen un elemento de la responsabilidad del Estado, pues cobra

relevancia en caso de que la entidad inicie acción de repetición en contra del funcionario a quien se le impute la omisión o negligencia por la cual se llegue a declarar responsable a la entidad.

- La generación de energía es de vital importancia para la humanidad, dependiendo de este recurso en todos los ámbitos con el propósito de conseguir el desarrollo económico y social. La tarea para la humanidad en este ámbito seguirá siendo la invención de más métodos eficientes con menores costos ambientales.
- Aunque la generación de energía a partir del agua sea considerada como una “energía alternativa”, esto no garantiza que colateralmente a la construcción de las hidroeléctricas no se presenten impactos ambientales negativos, y por ende, también impactos sociales negativos.
- Se argumenta que con la construcción de proyectos que permitan tener al país seguridad energética conllevan al desarrollo, primando entonces el interés general; sin embargo, atendiendo a los ejemplos desarrollados de proyectos Hidroeléctricos en Colombia, sin importar el tipo de hidroeléctrica, se establece que en su mayoría han conllevado grandes impactos ambientales y sociales negativos en las áreas de influencia. Entonces, el desarrollo se presenta es en las zonas distantes al proyecto, afectando drásticamente las condiciones medioambientales del área de construcción y ejecución de este.
- El marco normativo que se debe cumplir para la construcción de hidroeléctricas en el país está ampliamente desarrollado en leyes y decretos, estableciendo a quien solicita un licenciamiento ambiental cargas para materializar la protección del medioambiente, como lo es, por ejemplo, la exigencias de Estudios de Impacto Ambiental y Planes de Manejo Ambiental; a pesar de ello, no es suficiente que esto esté plasmado en una normativa, es fundamental que las autoridades, en el ejercicio de sus potestades y obligaciones, funjan como verdaderas guardianas del medioambiente y del desarrollo sostenible.

- Aunque el Consejo de Estado Colombiano ha aplicado la teoría del riesgo excepcional en el caso de hidroeléctricas, estas funcionan de manera diferente a la Hidroeléctrica El Edén, es decir, generan energía a partir de embalses. No obstante, constituye un precedente importante, que sirve de base para analizar el caso de las hidroeléctricas que son diseñadas a filo de agua con túnel de conducción.

Conclusiones en cuanto al caso en concreto.

- Teniendo en cuenta los precedentes en materia de Hidroeléctricas en Colombia, al estarse ante una actividad riesgosa, la cual conlleva múltiples consecuencias para el medioambiente y las personas, se puede establecer que el caso de la Hidroeléctrica el Edén, atendiendo a los hechos manifestados por los afectados, se puede contar como otro proyecto hidroeléctrico que demuestra el alto riesgo que implica esta forma de generación de energía.
- La importancia de las acciones constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico colombiano, como lo es la acción popular y la acción de grupo, se ve reflejada en este caso, pues a través de ellas los afectados buscan cesar los daños alegados y consecuentemente la reparación de estos.
- Existe un primer fallo al interior de la acción popular, el cual negó las pretensiones de los accionantes, y se encuentra actualmente en apelación. Frente a este primer antecedente es procedente concluir qué: (i) El Consejo de Estado, al haber decretado en el trámite de la apelación pruebas de oficio que permitan llegar al suficiente conocimiento sobre la veracidad de los daños, conlleva a que posiblemente sea revocado el fallo de primera instancia; y, (ii) el fallo de esta acción popular no debe afectar el fallo al interior de la acción de grupo, pues estas acciones persiguen fines diferentes y en cada expediente obran medios probatorios diferentes. Mientras la primera tiene por objeto hacer cesar los daños y proteger los derechos e intereses colectivos, con la segunda se busca la indemnización o reparación a los daños, para lo cual es necesario probar los elementos que configuran la responsabilidad.

- Aún cuando se tramiten todos los permisos y licencias ambientales para la construcción y puesta en marcha de un proyecto hidroeléctrico, estando entonces en un escenario de legalidad, no significa que no se puedan causar daños y/o perjuicios; inclusive, el hecho de que un proyecto requiera licencia ambiental, se traduce en que conlleva impactos ambientales.
- Si se encuentran probados los daños ocurridos con ocasión a la construcción de la Central Hidroeléctrica el Edén, se declararían responsables al Estado Colombiano y a la sociedad Central Hidroeléctrica El Edén S.A.S. E.S.P. conforme a los siguientes fundamentos jurídicos:

En cuanto al Estado Colombiano: Se encontrarían como responsables a CORPOCALDAS y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible a título de falla en el servicio, por omisión o negligencia, frente a obligaciones constitucionales y legales.

En cuanto a la Central Hidroeléctrica El Edén S.A.S. E.S.P.: Existen elementos de juicio que permiten catalogar la construcción del proyecto hidroeléctrico, especialmente el túnel de conducción, como una actividad que implica un riesgo grave y anormal para el recurso hídrico, presupuesto necesario para la aplicación del régimen de culpa objetivo, bajo la teoría del riesgo excepcional.

- Se considera necesario y primordial para la salvaguarda del medioambiente, al igual que de los derechos fundamentales y colectivos, que los solicitantes de licenciamiento ambiental actúen con rectitud y en apego a la normativa vigente. En este mismo sentido, es necesario que las autoridades ambientales sean diligentes y prudentes al momento de evaluar la solicitud de licenciamientos, y cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, y sobre todo, que hagan uso de sus facultades para ejercer control y vigilancia en cada una de las etapas del proyecto licenciado, teniendo presente los principios de prevención y precaución regulados en la legislación.

Referencias

- Amaya Navas, O. D. (2016). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ANLA. (s.f.). Autoridad Nacional De Licencias Ambientales. Obtenido de <https://www.anla.gov.co/tramites-y-servicios/servicios/estudios-ambientales>
- Arenas Mendoza, H. A. (2020). *Responsabilidad medioambiental del Estado*. Bogotá: Legis.
- Central Hidroeléctrica el Edén [Latinco SA]. (07 de noviembre de 2014). *Central Hidroeléctrica El Edén*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=4VSP6hx7y9g>
- Código Civil Italiano*. (1942).
- Cogaria Prieto, J. H. (2019). Diagnóstico de la percepción ambiental y socioeconómica de las hidroeléctricas en Colombia. *Ingeniería*, vol. 23, núm. 3, 2019, 23-41.
- Congreso de Colombia. (1973, 19 de diciembre). *Ley 23 de 1973*. Obtenido de <https://ucaldas-ambientalex-info.ezproxy.ucaldas.edu.co/normativa/detalle/ley-23-de-1973-8446/txt>
- Congreso de Colombia. (1993, 22 de diciembre). *Ley 99 de 1993*. Diario Oficial No. 41146.
- Congreso de Colombia. (1993, 28 de Octubre). *Ley 80 de 1993*. Diario Oficial No. 41.094.
- Congreso de Colombia. (1997, 06 de Junio). *Ley 373 de 1997*. Diario Oficial No. 43.058.

Congreso de Colombia. (1998, 05 de agosto). *Ley 472 de 1998*. Diario Oficial No. 43.357.

Congreso de Colombia. (2001, 03 de Octubre). *Ley 697 de 2001*. Diario Oficial No. 44573.

Congreso de Colombia. (2009, 21 de julio). *Ley 1333 de 2009*. Diario Oficial No. 47417.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 1482 (C.P. Esther Wolff de Posada; octubre 28 de 1976)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 234337 (C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo; febrero 20 de 1989)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Proceso 234551 (C.P. Gustavo de Greiff Restrepo; mayo 19 de 1989)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 8163 (C.P. Juan de Dios Montes Hernández; julio 13 de 1993).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 9170 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo; febrero 17 de 1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 10302 (C.P. Julio Cesar Uribe Acosta; abril 27 de 1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 11401 (C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez; marzo 2 del 2000)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 15.526 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez; agosto 29 de 2007).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 15.494 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; agosto 29 de 2007).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 228033 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; junio 18 de 2008)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B Proceso 19386 (C.P. Ruth Stella Correa Palacio; mayo 28 de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Proceso 21928 (C.P. Enrique Gil Botero; julio 05 de 2012).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Proceso AG. 03491) (C.P. Danilo Rojas Betancourth; febrero 29 de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Proceso 2112203) (C.P. Rocío Araújo Oñate; abril 26 de 2018).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Proceso 2179206 (C.P. María Adriana Marín; junio 10 de 2021).

Constitución Española (29 de diciembre de 1978). Boletín Oficial Del Estado Núm 311.

Constitución Política de Colombia. Julio 20 de 1991 (Colombia).
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

CORPOCALDAS. (s.f.). *Términos de referencia. Estudio de Impacto Ambiental. Construcción y operación de Centrales Hidroeléctricas*. Manizales. Obtenido del expediente digital de la acción grupo Rad. 17001233300020170030300.

CORPOURABA. (s.f.). CORPOURABA-Desde el páramo hasta el mar. Obtenido de <http://corpouraba.gov.co/atencion-al-ciudadano/fenomeno-el-nino/> [20 de junio de 2022]

Correa P. (12 de mayo de 2012). Un mal cálculo de Isagen. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/actualidad/un-mal-calculo-de-isagen-article-345634/>

Correa, P. (13 de Mayo de 2012). «Ups nos equivocamos perdonen ustedes, ya no tienen agua» «un error lo comete cualquiera» Obtenido de Movimiento Ríos Vivos: <https://riosvivoscolombia.org/ups-nos-equivocamos-perdonen-ustedes-ya-no-tienen-agua-un-error-lo-comete-cualquiera/>

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-644 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; agosto 31 de 2011)

Cortes, S., & Arango Londoño, A. (2017). Energías renovables en Colombia: una aproximación desde la economía. *Revista Ciencias Estratégicas*, vol. 25, núm. 38, 375-390.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de octubre de 1896.

Empresas Públicas de Medellín (EPM) [EPM estamos ahí]. (19 de noviembre de 2018). *Conoce sobre la presa en el Proyecto Ituango*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=VIFOu2rUG50>

Empresas Públicas de Medellín. (s.f.). EPM. Obtenido de Centrales Hidroeléctricas EPM: <https://cu.epm.com.co/institucional/sobre-epm/nuestras-plantas/plantas-de-energia/centrales-hidroelectricas-epm#Centrales-Generaci-n-516>

Environmental Justice Atlas (s.f.), Hidroeléctrica *Miel I*, Caldas, Colombia obtenido de <https://www.ejatlas.org/print/hidroelectrica-miel-i-caldas-colombia>

euofins. (03 de junio de 2021). envira ingenieros asesores. Obtenido de <https://envira.es/es/responsabilidad-ambiental-empresas/>

Giraldo Alzate, O. M. (2016). Derecho al medio ambiente sano y su desarrollo normativo en Colombia. *Criterio Libre Jurídico*, 45-50.

Gomez Patiño, D. P. (2008). SEGURIDAD ENERGÉTICA Y BIOCOMBUSTIBLE. Un acercamiento a sus implicaciones. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, 109-117.

HIDROGEOCOL S.A. (2014). Modelo hidrogeológico conceptual y numérico en el área del túnel de conducción de la Central Hidroeléctrica el Edén. Bogotá.

Ingfocol. (2015). *ATLAS Potencial Hidroenergético de Colombia*. Obtenido de upme: <https://www1.upme.gov.co/Paginas/Primer-Atlas-hidroenergetico-revela-gran-potencial-en-Colombia.aspx>

International Rivers Network y otras doce organizaciones. (2003). *Doce razones para excluir a las grandes represas hidroeléctricas de las iniciativas renovables*.

Jaramillo Gomez, E. A. (2020). *Conflictos por usos no extractivos en embalses de almacenamiento energético en Colombia. Caso de estudio: Embalse Peñol-Guatapé*. Universidad Nacional de Colombia.

Latinco S.A. (2010) *Estudios de impacto ambiental del aprovechamiento hidroeléctrico del río La Miel*. Medellín. (Obtenido del expediente digital de la acción grupo Rad. 17001233300020170030300).

Leyva Morote, J. F. (2016). Régimen de Responsabilidad y Mecanismos Jurídicos para la reparación del daño ambiental. *Observatorio Medioambiental*, 120.

Loperna Rota, D. (1998). *Los Principios Del Derecho Ambiental*. Madrid: Civitas S.A.

Mar, & Marin Jimenez, J. D. (2020). Un acercamiento a la función social de la propiedad. *Revista estudiantil de derecho privado*.

Muñoz Gaviria, G. A. (2017). Formas de resistencia en la construcción de proyectos hidroeléctricos. *Hallazgos*, vol. 14, núm. 28, 39-60.

Naciones Unidas. (s.f.). *Conferencias- Medio ambiente y desarrollo sostenible. Obtenido de Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 5 a 16 de junio de 1972, Estocolmo: <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972> [16 de junio de 2022]*

Naciones Unidas. (1992, 05 de junio). *Convenio Sobre La Diversidad Biológica*. Obtenido de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

Naciones Unidas. (s.f.). *Conferencias-Medio ambiente y desarrollo sostenible*. Obtenido de Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992: <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992>

Noticias Caracol. [Noticias Caracol] (16 de mayo de 2018). *Qué pasó en Hidroituango*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=SZ6ebh8EJrM>

OEA. (17 de Noviembre de 1988). Obtenido de "Protocolo de San Salvador": <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sidie/contenido/imagesContenido/TIPACA/DHMADECONOMICOS.pdf>

Ordenanza 875 de 2020 [Asamblea Departamental de Caldas] Por la cual se adopta el plan departamental de desarrollo 2020 - 202 Unidos es posible. Mayo 30 de 2020.

Pantoja Bravo, J. (2015). Derecho de Daños. Tomo I. *Leyer*, 86, 262.

Paz Cardona, A. J. (1 de Junio de 2018). *Hidroituango: la angustia y la incertidumbre persisten en Colombia*. Obtenido de MONGABAY: <https://es.mongabay.com/2018/06/riesgo-por-hidroituango-preocupa-en-colombia/>

Presidencia de la República de Colombia. (1974, 18 de diciembre). *Decreto 2811 de 1974*. Diario Oficial No. 34243.

Presidencia de la República de Colombia. (1978, 26 de julio). *Decreto 1541 de 1978*. Diario Oficial No. 35078.

Presidencia de la República de Colombia. (1984, 02 de enero). *Decreto 1 de 1984*. Diario Oficial No. 36439.

Presidencia de la República de Colombia. (2010, 05 de agosto). *Decreto 2820 de 2010*. Diario Oficial No. 47.792

Presidencia de la República de Colombia. (2011, 27 de septiembre). *Decreto 3573 de 2011*. Diario Oficial No. 48205.

Presidencia de la República de Colombia. (2011, 27 de septiembre). *Decreto 3570 de 2011*. Diario Oficial No. 48.205

Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). *Decreto 1076 de 2015*. Diario Oficial No. 49.523.

Ramírez Bastidas, Y. (1996). *El Derecho Ambiental en Colombia*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 66.

Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/responsabilidad>> [27 de mayo de 2022].

Rémond-Gouilloud, M. (1970). *exploitation pétrolier. en mer et le droit. Droit maritime. Droit de la mer*. París: Technip.

Rodríguez Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo, General y Colombiano*. Bogotá: Temis.

Sierra Vargas, F. E., Sierra Alarcon, A. F., & Guerrero Fajardo, C. (2011). Pequeñas y microcentrales hidroeléctricas: alternativa real de generación eléctrica. 73-74.

Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas. Sentencia No. 153. (M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes; noviembre 29 de 2018)

Untermaier, J. (1978). *Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques. Droit individuel ou droit collectif. Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat*. Revue Juridique de l'Environnement.

Zuleta, I. C. (2021). *Hidroituango: Un desastre socioambiental con responsabilidad internacional*. IdeAs.