

Sentencia C-753/15

Referencia: expediente R.E.-222

Revisión constitucional del Decreto Legislativo número 1979 del 6 de octubre de 2015, *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo"*.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 241-7 de la Constitución Política, el pasado 7 de octubre el Gobierno Nacional remitió a esta Corporación copia del Decreto número 1979 del 6 de octubre de 2015, *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo"*, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1770 de 2015, que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en los municipios de La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, El Molino, San Juan del Cesar, Fonseca, Barrancas, Albania, Maicao, Uribe y Hato Nuevo en el departamento de La Guajira; Manaure-Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Chiriguaná y Curumaní en el departamento del Cesar; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Área Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata, en el departamento de Norte de Santander; Cubará, en el departamento de Boyacá; Cravo Norte, Arauca, Arauquita y Saravena en el

departamento de Arauca; La Primavera, Puerto Carreño y Cumaribo en el departamento del Vichada, e Inírida del departamento de Guainía.

Asignado el expediente al Despacho del Magistrado Sustanciador, mediante providencia del veinte (20) de octubre de 2015, dispuso: i) avocar el conocimiento del asunto, ii) decretar la práctica de algunas pruebas, iii) fijar en lista el asunto para efectos de la intervención ciudadana, iv) dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, v) comunicar la iniciación del presente asunto al Presidente de la República, al Vicepresidente de la República, a la Consejería de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, al Ministro de Minas y Energía, al Presidente de ECOPETROL, a la Unidad de Planeación Minero Energética, a la Agencia Nacional de Minería, al Ministro del Interior, al Ministro Vivienda, Ciudad y Territorio, a la Ministra de Relaciones Exteriores, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro de Salud y de la Protección Social, al Ministro de Trabajo, al Director del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, al Defensor del Pueblo, a los Gobernadores de los Departamentos de la Guajira, del Cesar, de Norte de Santander, de Boyacá, de Arauca, de Vichada y de Guainía, para que expresaran las razones que en su criterio justifican la constitucionalidad del Decreto sometido a examen de la Corte, y vi) invitar a participar en el proceso a Fendipetroleo, la Asociación Nacional de Industriales ANDI, al Consejo Nacional de Planeación, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Federación Nacional de Departamentos, a las Facultades de Derecho de las Universidades Libre, de la Sabana y Nacional de Colombia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de este asunto, y previo concepto del Ministerio Público, la Corte Constitucional procede a resolver sobre la exequibilidad del mismo.

II. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO QUE SE REVISAS

A continuación se transcribe el texto del Decreto Legislativo No. 1979 del seis (6) de octubre 2015, objeto de revisión constitucional:

“DECRETO LEGISLATIVO 1979 DE 2015¹

Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo del Decreto 1770 de 17 de septiembre de 2015 y

CONSIDERANDO

¹ Diario oficial número 49.657 del 6 de octubre de 2015.

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el Presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 1770 de 2015, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en los municipios de La Jagua del Pilar, Urumita, Villanueva, El Molino, San Juan del Cesar, Fonseca, Barrancas, Albania, Maicao, Uribe y Hato Nuevo en el departamento de La Guajira; Manaure, Balcón del Cesar, La Paz, Agustín Codazzi, Becerril, La jagua de Ibirico, Chiriguaná y Curumaní en el departamento del Cesar; Toledo, Herrán, Ragonvalia, Villa del Rosario, Puerto Santander, Área Metropolitana de Cúcuta, Tibú, Teorama, Convención, El Carmen, El Zulia, Salazar de las Palmas y Sardinata en el departamento de Norte Santander; Cubara en el departamento de Boyacá; Cravo Norte, Arauca, Araucita y Saravena en el departamento de Arauca; La Primavera, Puerto Carreño y Cumaribo en el departamento del Vichada, e Inírida del departamento de Guainía; con el fin de contrarrestar los efectos de la decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de cerrar la frontera con Colombia.

Que el citado decreto reconoció el grave impacto que la decisión del cierre de las fronteras generó en el comercio binacional, siendo uno de los mercados más afectados el de los combustibles líquidos derivados del petróleo, pues dicho cierre produjo problemas de abastecimiento en los municipios objeto de declaratoria de la emergencia que debe satisfacerse con combustibles nacionales.

Que un eventual desabastecimiento de combustibles en la zona de frontera afectaría gravemente el normal desempeño de la economía pues produciría un incremento de precios en los productos que se comercializan en dichos municipios, aumentaría los costos de producción y transporte, reduciría la capacidad adquisitiva de las familias y podría ocasionar riesgos para el empleo y el suministro de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población.

Que tal como lo indica el Ministerio de Minas y Energía, el cierre de la frontera produjo que la demanda de combustibles líquidos en los municipios

objeto de la declaratoria de emergencia se incrementara en 51 %, la cual debe cubrirse en su mayoría con un aumento en la producción de la refinera de Barrancabermeja.

Que con el fin de satisfacer el aumento de la demanda generado por el cierre de la frontera, las barcasas que transportan el combustible desde Barrancabermeja deben cargarse con mayores volúmenes, lo que a su vez exige que el caudal del Río Magdalena ofrezca niveles de navegabilidad suficientes para barcasas de mayor capacidad.

Que a causa del fenómeno del Niño, a la fecha, el caudal del Río Magdalena no ofrece los niveles de navegabilidad exigidos para las barcasas que, cargadas con mayores volúmenes de combustible, deben zarpar desde la refinera de Barrancabermeja.

Que a través de Resolución 0899 del 15 de mayo 1999, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó a la compañía Emgesa licencia ambiental para desarrollar el proyecto hidroeléctrico "El Quimbo", el cual debería tener una capacidad instalada de 400 MW.

Que por auto del 5 de febrero 2015, el Tribunal Administrativo del Huila, en trámite de una acción popular adelantada en contra de la firma Emgesa, ordenó como medida cautelar, que dicha compañía se abstuviera de iniciar la actividad de llenado del embalse hasta tanto se lograra un caudal óptimo de aguas; disponiendo de manera simultánea, efectuar un monitoreo permanente al agua para efectos de garantizar la calidad de la misma.

Que por auto del 17 julio de 2015, Tribunal Administrativo del Huila constató que dentro de las obligaciones contempladas en el licenciamiento ambiental, se había advertido que Emgesa debía retirar material forestal y la biomasa del vaso de la represa, actividad que Emgesa no procedió a ejecutar antes de iniciar la fase de llenado. En consecuencia, y toda vez que resultaba físicamente imposible impedir el llenado, la Corporación judicial ordenó modificar la medida cautelar dispuesta y en su lugar señaló que se debía suspender la actividad de generación de energía hasta tanto se retiraran los desechos forestales y la biomasa, al tiempo que, estableció que la autoridad ambiental debía certificar que no existía peligro de contaminación del recurso hídrico.

Que no obstante lo anterior, y con el fin de elevar el caudal del Río Magdalena, se hace necesario habilitar flujo de agua del proyecto hidroeléctrico "El Quimbo", actualmente suspendido por la citada decisión del Tribunal Administrativo del Huila, dado que, de acuerdo con lo constatado por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, las obligaciones impuestas por dicho Tribunal en el auto del 17 julio 2015, relativas al retiro de la biomasa, se han cumplido en un 99%.

Que en las condiciones actuales, una vez iniciada la generación de energía eléctrica por parte de Emgesa, se aportarán al Río Magdalena cantidades suficientes de agua para elevar el nivel del mismo, en las magnitudes que requiere la navegabilidad de las barcazas que transportan el combustible de que tratan los considerados anteriores.

DECRETA

Artículo 1°. Autorizar, a partir de la fecha, el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico Quimbo.

Artículo 2°, El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.
PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a 6 de octubre de 2015.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro del Interior,

JUAN FERNANDO CRISTO BUSTOS.

La Viceministra de Relaciones Exteriores, encargada de las funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores.

PATTI LONDOÑO JARAMILLO.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
MAURICIO CARDENAS SANTAMARIA

El Ministro de Justicia y del Derecho,

YESID REYES ALVARADO.

El Ministro de Defensa Nacional,

LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRI.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

AURELIO IRAGORRI VALENCIA.

El Ministro de Salud y Protección Social,

ALEJANDRO GAVIRIA URIBE.

El Ministro de Trabajo,

LUIS EDUARDO GARZÓN.

El Ministro de Minas y Energía,

TOMÁS GONZÁLEZ ESTRADA.

La Ministra de Comercio, Industria y Turismo,

CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN.

La Ministra de Educación Nacional,

GINA PARODY D'ECHEONA.

El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible,

GABRIEL VALLEJO LÓPEZ.

El Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio,

LUIS FELIPE HENAO CARDONA.

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

DAVID LUNA SÁNCHEZ.

La Ministra de Transporte,

NATALIA ABELLO VIVES.

La Viceministra de Cultura, encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra de Cultura

III. PRUEBA RECAUDADA

En cumplimiento del auto del 20 de octubre de 2015, que dispuso solicitar a la Secretaría General de la Presidencia de la República el envío a la Corte Constitucional de determinados informes relacionados con la materia regulada mediante el Decreto 1979 de 2015, fue recibido el siguiente informe:

Presidencia de la República -Secretaría Jurídica-

Luego de citar apartes del Decreto 1770 de 2015, la Secretaria Jurídica afirma que el cierre de la frontera con Venezuela suspendió de manera súbita el ingreso de combustible líquido venezolano al territorio nacional, tanto del que ingresaba lícitamente como del que lo hacía por vías ilícitas, alterándose el esquema de distribución y suministro. Este hecho llevaría al aumento de costos de transporte, aumento de costos de producción, incremento de precios de los productos, reducción de la capacidad adquisitiva y afectación de puestos de trabajo.

Sostiene que en los municipios reconocidos como zona de frontera después del cierre fronterizo se presentó un incremento en el consumo de combustible en las estaciones de servicio legalmente establecidas. Expresa que en la actualidad el país cuenta únicamente con la refinería de Barrancabermeja como fuente de suministro de combustibles, entre ellos, gasolina y diésel, añadiendo que *“la restricción en la evacuación de fondos de la refinería de Barrancabermeja (fuel oil), por efectos del bajo nivel del río Magdalena, como consecuencia del fenómeno del Niño, ocasiona una menor carga de petróleo crudo a la refinería de Barrancabermeja y por consiguiente menor producción de gasolina y ACPM, con la cual se atiende el interior del país y por ende el consumo de las regiones fronterizas con Venezuela”*.

En su concepto, la principal dificultad de navegación que enfrentan los botes son los bajos niveles del río en épocas de sequía, los cuales ocasionan restricciones o suspensión en la navegación en sectores críticos del río, con lo cual se disminuyen los volúmenes del combustible transportado entre Barrancabermeja y Cartagena.

Acerca del fenómeno del Niño y su injerencia en la navegabilidad por el río Magdalena señala que se ha generado el cierre de los canales navegables debido a profundidades por debajo de cuatro pies, siendo necesaria una altura de seis pies para una óptima navegación, lo que imposibilita el arribo de los botes vacíos a Barrancabermeja como también el paso hacia Cartagena de los botes cargados con fuel oil producido en Barrancabermeja.

En palabras de la Secretaria Jurídica: *“los bajos niveles del río generados por el Fenómeno del Niño traen como consecuencia una disminución en al menos un 50% de los volúmenes transportados por Flota Fluvial, poniendo en riesgo las operaciones de producción de la Refinería de Barrancabermeja por los*

altos inventarios de fuel oil que no pueden ser evacuados por este medio de transporte”. Menciona estimaciones hechas por Cormagdalena según las cuales de contarse con caudal adicional de 400 metros cúbicos por segundo, podría tenerse un pie adicional de calado a lo largo del río.

Sobre la necesidad del Decreto 1979 de 2015 afirma la Secretaria Jurídica que el Gobierno Nacional se vio compelido a utilizar los mecanismos de excepción en vista de que la autorización de funcionamiento de la hidroeléctrica El Quimbo no habría podido darse en ejercicio de las facultades reglamentarias y ejecutivas ordinarias. Manifiesta: *“La imposibilidad de habilitar por decreto ordinario la activación de El Quimbo proviene del hecho de que el funcionamiento de la hidroeléctrica se encontraba suspendido por decisión judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Huila...”*.

En su criterio, la necesidad de incorporar la medida de habilitación de producción energética de El Quimbo se impuso como una respuesta rápida y acorde a las circunstancias que determinaron la declaración del Estado de Excepción y que no pudieron ser analizadas en el proceso de la acción popular que cursa ante el Tribunal Administrativo del Huila. Explica que ninguna de las circunstancias que justificaron la declaratoria de la Emergencia fueron estudiadas en la acción popular, ya que el auto que confirmó la medida cautelar que impuso la restricción sobre El Quimbo fue proferido un día antes de que en Venezuela se declarara el Estado de Excepción.

Informe del Tribunal Administrativo del Huila

El Magistrado sustanciador, en el citado auto del 20 de octubre, solicitó al Tribunal Administrativo del Huila que informara sobre el estado del proceso relacionado con la acción popular iniciada contra EMGESA, en el cual se ordenó como medida cautelar que dicha Compañía debía abstenerse de iniciar la actividad de llenado del embalse.

Atendiendo a este requerimiento, la Secretaria General del Tribunal informó² que allí se adelanta en primera instancia la acción popular instaurada por Comepez S.A. y otros contra EMGESA S.A. E.S.P. y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con radicación 410012333000201 40052400, la cual se encuentra pendiente por fijar en lista las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. EMGESA S.A. E.S.P. contestó la demanda sin proponer excepciones.

Acerca de las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso manifestó:

1. Mediante providencia de fecha 25 de noviembre de 2015 (sic)³, se admitió la demanda y se negó la solicitud de medida cautelar. El apoderado del actor recurrió en reposición la providencia.

² Informe presentado el 9 de noviembre de 2015. Folio 161 y siguientes del expediente.

³ La lectura de esta certificación da a entender que la fecha correcta es la del 25 de noviembre de 2014.

2. Mediante auto de fecha 5 de febrero de 2015 se repuso el calendado del 25 de noviembre de 2015 (sic) y se decretó la medida cautelar de urgencia, ordenando a EMGESA S.A. no iniciar la actividad de llenado del embalse El Quimbo hasta que se satisfaga el caudal óptimo y garantizar la calidad de agua.

3. EMGESA S.A. E.S.P. presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto que decretó la medida cautelar, el cual fue resuelto mediante providencia de fecha 2 de marzo de 2015 en la que se rechazó por improcedente el recurso de reposición y se concedió la apelación.

4. Mediante auto del 29 de abril de 2015 se aceptó el desistimiento del recurso de apelación formulado por EMGESA S.A. E.S.P. contra el auto del 5 de febrero de 2015.

5. EMGESA S.A. E.S.P. recurre en reposición el auto anterior, recurso resuelto con decisión del 11 de junio de 2015 rechazando el recurso de reposición interpuesto y modificando la medida cautelar de urgencia en el sentido de precisar que le corresponde a EMGESA S.A. E.S.P. garantizar el caudal mínimo de 160 m³/seg. en cualquier época del año, entre otras decisiones.

6. El apoderado del actor recurrió en reposición el auto del 11 de junio de 2015, siendo resuelto mediante providencia del 17 de julio de 2015 en la cual se modificó la medida cautelar decretada en las providencias del 5 de febrero y 11 de junio de 2015, en el sentido de **“ordenar que no se inicie la generación de energía eléctrica en el proyecto Hidroeléctrico El Quimbo hasta que el ANLA certifique que EMGESA haya retirado del vaso del embalse los desechos forestales y la biomasa ... y una vez que esto ocurra, dicha institución garantizará que no existe ningún peligro de contaminación del recurso hídrico.”** Esta providencia cobró ejecutoria el 24 de julio de 2015.

7. EMGESA S.A. E.S.P. mediante memorial del 21 de septiembre de 2015, solicitó modificación de la medida cautelar, la cual está pendiente por resolver.

8. El día 21 de octubre del presente año se realizó inspección judicial en el área de influencia del proyecto hidroeléctrico El Quimbo.

IV. INTERVENCIONES

Ministerio de Relaciones Exteriores⁴

Solicita que se declare la exequibilidad del Decreto 1979 de 2015. Luego de transcribir el artículo 2º de la Constitución Política, expresa que ante el cierre

⁴ Escrito recibido el 27 de octubre de 2015, anexo a folio 67 y siguientes.

intempestivo de la frontera fueron puestas en alerta varias entidades del Estado para brindar ayuda a las personas afectadas.

Al referirse a los efectos de la no generación de energía de El Quimbo recuerda que esta central hidroeléctrica se ubica en la cuenca del río Magdalena y que cuenta con un volumen útil de 2.354.000 metros cúbicos, Luego de algunas explicaciones técnicas sobre caudal promedio, almacenamiento, retorno del caudal al río, número de cuencas, concluye el interviniente que el efecto de la no generación de energía eléctrica de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, implicaría una disminución de aproximadamente el 20% de los caudales que forma parte del caudal de ingreso a la cuenca media entre los municipios de Puerto Salgar y Barrancabermeja, afectando la navegabilidad en este tramo.

Presidencia de la República⁵

Solicita a la Corte que declare exequible el Decreto bajo revisión. La apoderada de la Presidencia de la República empieza recordando que en su único artículo el Decreto 1779 de 2015 autorizó el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo.

Sobre los requisitos de forma manifiesta que fue suscrito por el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, a excepción de las ministras de relaciones exteriores y de cultura que se encontraban en comisión, siendo suscrito por las viceministras de relaciones exteriores y de cultura. Agrega que el Decreto se encuentra motivado y contiene los considerandos que dan lugar a la adopción de la medida y, además, por considerar que limita el ejercicio de derechos fundamentales fue enviada copia del mismo al Secretario General de Naciones Unidas -ONU- y al Secretario General de la Organización de Estados Americanos -OEA-.

Respecto de los requisitos materiales del Decreto, es decir, conexidad, finalidad y necesidad, considera la interviniente que están satisfechos. En cuanto al de conexidad señala que la misma es evidente entre el objeto de la medida y las causas que dieron origen a la declaratoria de Emergencia Económica, ya que esta se produjo como consecuencia de la súbita llegada de colombianos a municipios de la frontera con Venezuela, resultado de la declaratoria del Estado de Excepción en ese país y de las políticas de fuerza implementadas por la Guardia Bolivariana.

La vocera de la Presidencia recuerda que el Decreto 1770 de 2015 describió la gravedad de la crisis y advirtió que para conjurarla resultaba necesario adoptar medidas tributarias, contractuales, crediticias, de cofinanciación o destinación de recursos parafiscales que permitieran contrarrestar el impacto de la crisis; así, la medida adoptada está vinculada con las causas que dieron origen a la crisis y desarrolla mecanismos diseñados para afrontar las consecuencias del cierre de fronteras al expedir una orden que permite resolver el problema de

⁵ Recibido el 28 de octubre de 2015, anexo a folio 117 y siguientes.

desabastecimiento de combustibles en la zona afectada generado por el corte de suministro de combustible líquido desde Venezuela.

En suma, precisa que la conexidad de la medida puede evidenciarse desde tres puntos de vista: 1. El impacto del cierre de la frontera en la oferta de combustible líquido en la zona afectada; 2. La necesidad de suplir la demanda creciente a raíz del cierre en la zona afectada; y 3. Las dificultades de transporte del combustible por el río Magdalena.

Sobre la conexidad de la medida explica que la demanda de combustible que resulta desatendida debe ser cubierta por el Estado para evitar el impacto social y económico que generaría el desabastecimiento y la consecuente restricción del transporte como medio para satisfacer las necesidades básicas de los habitantes, así como para evitar la reducción de la dinámica del comercio a causa del estancamiento de la circulación de bienes y servicios.

Señala que la refinería de Barrancabermeja es la única con que cuenta el país y sirve de fuente de combustible para atender la demanda nacional. La refinería de Cartagena, recientemente inaugurada, empezó su operación pero aún no cuenta con combustibles líquidos para comercializar, esta comercialización será posible a partir del mes de febrero. El resto de la demanda nacional se satisface con combustible importado que llega por los puertos de Cartagena y Santa Marta; la dificultad operativa que implica traer al interior del país los combustibles localizados en los puertos del Caribe hace inevitable recurrir al abastecimiento desde Barrancabermeja para posteriormente transportarlo a municipios en los departamentos de Cesar, Norte de Santander y Arauca, incluyendo el municipio de Cubará en Boyacá.

El combustible que debe hacerse llegar a la zona de frontera es el producido en Barrancabermeja, pero a raíz de las bajas lluvias y de la disminución del caudal del río Magdalena las barcazas que zarpan de la refinería no pueden transportar los volúmenes de combustible requeridos para satisfacer la nueva demanda de la región. Explica que la principal dificultad de navegación que enfrentan los botes son los bajos niveles del río en épocas de sequía, los cuales restringen o suspenden la navegación en algunos sectores críticos del río como Bocas de Sogamoso, Bufalera, La Coquera, Puerto Wilches, Vijagual, Cantagallo, con lo cual se disminuyen los volúmenes de combustible fuel oil transportado entre Barrancabermeja y Cartagena.

El fenómeno del Niño ha generado el cierre de los canales navegables por los bajos niveles en los sectores mencionados, debido a profundidades por debajo de cuatro pies siendo necesaria una altura de seis pies para una óptima navegación, con lo cual se impide el arribo de los botes vacíos a Barrancabermeja como también el paso hacia Cartagena de los botes cargados con fuel oil producido en Barrancabermeja. Con esto se disminuye en al menos un 50% los volúmenes transportados por flota fluvial, poniendo en riesgo las operaciones de producción de la refinería de Barrancabermeja por los altos inventarios de fuel oil que no pueden ser evacuados por este medio de transporte.

Acerca de la necesidad de la medida estima la interviniente que el Gobierno se vio compelido a utilizar los mecanismos de excepción en vista de que la autorización de funcionamiento de la hidroeléctrica El Quimbo no habría podido darse en ejercicio de las facultades reglamentarias y ejecutivas ordinarias, ya que el funcionamiento se encontraba suspendido por decisión judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

Luego de narrar el proceso judicial que cursa en este Tribunal, la interviniente manifiesta que según informe presentado por la empresa EMGESA, remitido a la oficina jurídica de la Presidencia por el Ministerio de Minas y Energía, no poner en funcionamiento la hidroeléctrica El Quimbo implicaría una disminución del 20% de los caudales que forman parte del caudal de ingreso a la cuenca media del río entre los municipios de Puerto Salgar y Barrancabermeja.

En palabras de la interviniente: *“El aumento del caudal podría implicar una mayor producción de combustibles de alrededor de 5.500 barriles día: 2.000 barriles día de gasolina, 2.000 barriles día de diésel y 500 barriles día de jet fuel. Esto es, la descarga de agua de las plantas de El Quimbo y Betania, tendría un efecto favorable en la navegabilidad del río Magdalena y por consiguiente en la producción de la refinería de Barrancabermeja y en el abastecimiento de combustibles líquidos en la zona oriental del país; además de contribuir al suministro de energía eléctrica”.*

Sobre la finalidad de la medida explica que el Gobierno busca facilitar el suministro de combustible líquido a la zona de frontera por ser este fundamental para el desarrollo económico y para la garantía de los derechos de sus habitantes. La producción de energía en El Quimbo supone la activación de las turbinas de generación hidroeléctrica y el retorno al cauce del Magdalena de las aguas retenidas, los cálculos del Gobierno indican que la activación de la hidroeléctrica podría aumentar el caudal en niveles adecuados para transportar los combustibles.

Frente a la necesidad material y a la proporcionalidad de la medida asegura la interviniente que la misma no es excesiva sino ajustada al fin previsto y no supone una grave afectación de los derechos y garantías ciudadanas. La decisión de facilitar el suministro de combustibles desde la refinería de Barrancabermeja **es más eficiente y menos onerosa de lo que podrían resultar otras alternativas de suministro, como la importación de combustible.**

Considera que la decisión de permitir la operación de El Quimbo es proporcional porque fue adoptada en el marco de la estrategia de protección de los derechos colectivos y fundamentales de los habitantes de la zona, dispuesta por el Tribunal Administrativo del Huila en la acción popular que se tramita. El Gobierno tuvo en cuenta el contenido de la medida cautelar, la consultó, pero dada la premura y la gravedad de la situación se tomó la decisión por fuera del proceso pero conociendo las órdenes del Tribunal.

El 17 de julio de 2015 el magistrado ponente ordenó suspender la generación de energía eléctrica en El Quimbo hasta que la ANLA no certificara que EMGESA hubiera retirado del embalse los desechos forestales y la biomasa. Afirma que acorde con esta orden el Decreto 1979 de 2015 permitió el funcionamiento de El Quimbo sobre la base de que, según reporte recibido de la ANLA, EMGESA había dado cumplimiento a la medida cautelar en un 99%.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio⁶

El apoderado del Ministerio solicita a la Corte que declare exequible el Decreto número 1979 de 2015. Considera que el Decreto cumple con los requisitos de forma y que se está en presencia de una normativa ajustada a la Constitución.

Tribunal Administrativo del Huila⁷

El vocero de la Corporación **pide a la Corte declarar inexecutable el Decreto 1979** de 2015, por violar el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 121 y 229 de la Carta Política. Explica que el Tribunal, dentro del proceso en acción popular adelantada por Comepez S.A. y otros, siendo demandado EMGESA S.A. y otro, por auto del 17 de julio de 2015 resolvió:

“Modificar la medida cautelar decretada en las providencias del 5 de febrero y del 11 de junio de 2015, en el sentido de ordenar que no se inicie la generación de energía en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo hasta que la ANLA certifique que EMGESA haya retirado del vaso del embalse los desechos forestales y la biomasa (en armonía con lo dispuesto en la Resolución 0899 del 15 de mayo de 2009, artículo 5º, numerales 3.1., 3.2., 3.4., 3.5., 3.6., 3.7. y 3.9 de la licencia ambiental), y una vez que esto ocurra, dicha institución garantizará que no existe ningún peligro de contaminación del recurso hídrico.

La ANLA le rendirá un informe semanal al Tribunal, reportándole las diferentes actividades realizadas y el avance de las mismas”.

En su concepto, con la expedición del Decreto 1979 de 2015 el Gobierno Nacional levantó a motu proprio y sin competencia, la cautela ordenada por el juez competente violando el ordenamiento jurídico superior. El preámbulo porque no se contribuye a asegurar la justicia, genera desacatamiento y desconocimiento de la orden judicial dada a EMGESA S.A.; además, **no fue esta medida cautelar la que generó alguna de las situaciones que dieron origen a la declaratoria de estado de excepción.**

Se desconoce y viola los principios de autonomía e independencia judicial por parte del Gobierno Nacional al levantar una medida cautelar por vía de un

⁶ Oficio recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 28 de octubre de 2015 y anexado a folios 117 y siguientes del expediente.

⁷ Folio 143 y siguientes del expediente.

Decreto Legislativo. Se viola el artículo 229 superior que garantiza el derecho de acceso a la justicia.

El Gobierno Nacional, agrega el interviniente, no acata la orden judicial como es su deber, levanta una medida cautelar, impide la materialización de los derechos e intereses colectivos que el juez en su autonomía ha protegido. Los beneficiarios de esa cautela resultan afectados porque no gozan de los derechos colectivos que la misma protege mientras se define el proceso, el Decreto invade la competencia jurisdiccional respecto de una medida cautelar vigente que sólo el mismo juez o su superior puede revocar conforme al debido proceso.

Asegura que el Decreto argumenta que la ANLA constató que el retiro de la biomasa se ha cumplido en un 99%; sin embargo, asegura que la prueba existente en la actuación judicial no da fe de tal hecho y que por el contrario existe evidencia de que ello no ha sido así.

Consejo Nacional de Planeación⁸

Solicita que se declare exequible el Decreto bajo revisión. Luego de examinar los requisitos de forma se refiere a los hechos perturbadores del orden social originados en la crisis fronteriza, para vincularlos con la necesidad de adoptar la medida. En su criterio, en el ordenamiento jurídico vigente antes de la emergencia económica no existían mecanismos ordinarios, necesarios y suficientes para hacer frente de manera inmediata a la crisis humanitaria que sufren las personas en la frontera.

Señala que fue oportuno y necesario que el Gobierno Nacional dictara medidas de rango legal para que los hogares afectados cubrieran sus necesidades básicas y no se generara un incremento significativo en el precio de los productos que se comercializan en los municipios fronterizos. Concluye que las medidas incorporadas en el Decreto 1979 de 2015 buscan atender a la población en situación de vulnerabilidad que podría llegar a tener repercusiones mayores en caso de no ordenarse la habilitación del flujo de agua del proyecto El Quimbo y que las barcazas que transportan el combustible no tuvieran el nivel de agua suficiente.

Defensoría del Pueblo⁹

Pide a la Corte que declare inexecutable el Decreto 1979 de 2015. Recuerda el interviniente que las medidas adoptadas deben atender al principio de necesidad, es decir, expresar las razones por las cuales son indispensables para alcanzar los fines que propiciaron la declaratoria del estado de emergencia, ya que de otra manera el Ejecutivo estaría usurpando funciones propias del poder legislativo.

⁸ Folio 186 y siguientes.

⁹ Folio 190 y siguientes.

Después de revisar las pruebas que obran en el expediente, el representante de la Defensoría explica que la medida obedece a una lógica meramente pragmática de optimizar costos, ya que al resultar más fácil la logística de abastecimiento de combustibles líquidos si se producen en la refinería de Barranca Bermeja, se descarta la posibilidad de aumentar las importaciones sin sopesar cuál es el impacto ambiental que puede ocasionarse con la autorización del inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto El Quimbo, cuando siguen vigentes las condiciones que mantiene suspendida la operación por orden judicial y son atribuibles a la propia actuación de la Empresa Generadora y Comercializadora de Energía EMGESA S.A. E.S.P.

Sostiene el vocero de la Defensoría que los análisis de la Presidencia de la República están enmarcados en un derrotero que invisibiliza la importancia de las consecuencias ambientales negativas que podrían producirse con la medida adoptada, desconociendo además el principio de precaución en materia ambiental y la viabilidad de implementar otras medidas menos onerosas en términos de derechos colectivos, por ejemplo el aumento en el nivel de importaciones, de tal manera que la efectividad de un mecanismo de protección de derechos no susceptibles de suspensión en el marco de un estado de excepción resulta ser levantado con extralimitación de las facultades del Ejecutivo.

En cuanto a los límites que tiene el Ejecutivo en los estados de excepción respecto de las garantías judiciales, cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el párrafo 2 del artículo 4 prevé que no pueden ser suspendidos, en ningún caso, el derecho a la vida, la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de esclavitud, trata de personas y servidumbre, entre otros derechos. Las medidas de suspensión deben tener un carácter excepcional y temporal, dentro de los límites del ordenamiento constitucional y legal interno de cada Estado.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 27 establece que en caso de emergencia el Estado podrá adoptar medidas, pero salvaguarda de esta autorización determinadas disposiciones, entre ellas las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos.

En su criterio, el principio de efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos, incorporado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene un rol central que no se garantiza con el mero hecho de estar enunciado en la Constitución sino que debe tener la idoneidad material de contrarrestar una violación a derechos humanos para que el amparo ofrecido no se torne ilusorio.

Al analizar el proceso seguido ante el Tribunal Administrativo de Huila expresa el vocero de la Defensoría que allí se reclama la protección de derechos e intereses colectivos relacionados con el derecho al medio ambiente, siendo un mecanismo de protección preferente para que la ciudadanía intervenga activamente y participe en la representación y defensa

de intereses comunitarios para garantizar la prevalencia de principios como el de solidaridad o el de precaución en materia ambiental.

Considera que la medida cautelar adoptada por el Tribunal tuvo como sustento la aplicación del principio de precaución en materia ambiental y ordenó a EMGESA S.A. E.S.P. que no iniciara la actividad de llenado del embalse hasta que se verificara el caudal óptimo para tal fin y se garantizara la calidad del agua; sin embargo, la Empresa no cumplió a cabalidad con el retiro de desechos forestales y la biomasa que se encuentra en el vaso del mismo antes de iniciar las actividades de llenado, por lo que se hizo necesario modificar la cautela en el sentido de suspender la generación de energía eléctrica con la finalidad de evitar que pudiera presentarse una contaminación del río Magdalena.

Para la Defensoría del Pueblo el Decreto bajo examen permitió una extralimitación de las competencias otorgadas al poder Ejecutivo, levantar la medida cautelar ordenada por el Tribunal atenta contra la vigencia de las garantías procesales que en los estados de excepción cobran especial relevancia al momento de salvaguardar los derechos de la ciudadanía no susceptibles de suspensión.

Federación Nacional de Departamentos¹⁰

Solicita que sea declarado exequible el Decreto bajo revisión. La razón principal de su petición está dada en que el Decreto 1770 de 2015, mediante el cual fue declarado el estado de emergencia económica y social, luego de ser examinado por la Corte fue declarado exequible mediante la sentencia C-670 de 2015, con lo cual el Decreto 1979 que se examina también es exequible a la luz del concepto de inconstitucionalidad por consecuencia.

Para el interviniente, en el presente caso no se configura la inconstitucionalidad por consecuencia, por lo cual el artículo 1° del Decreto 1979 de 2015 debe ser declarado exequible. Agrega que la medida adoptada responde a la necesidad de suplir la oferta de combustible en los municipios afectados por el cierre de la frontera, los cuales se abastecen en parte con la producción fronteriza proporcionada por Venezuela, por lo que un desabastecimiento traería consecuencias de carácter económico y social considerables.

Señala que para la Federación Nacional de Departamentos, *“una vez observadas las justificaciones de dicha medida en el acto administrativo bajo estudio, las considera como válidas, en el entendido de contribuir a aliviar las consecuencias dañosas y perjudiciales que se han producido por el cierre de la frontera...”*.

Federación Colombiana de Municipios¹¹

¹⁰ Folio 181 y siguientes del expediente.

¹¹ Folio 158 y siguientes.

Solicita que se declare inexecutable el Decreto bajo revisión. Considera el interviniente que no hay conexidad entre el inicio de la generación de energía y las causas que motivaron la declaratoria de emergencia. El encadenamiento causal del desabastecimiento de combustibles líquidos con la necesidad de que se carguen con mayores volúmenes las barcazas desde Barrancabermeja, parece un argumento bastante artificioso o una medida forzada para superar la situación que motivo la declaratoria de emergencia económica.

El inicio de la generación de energía es completamente ajeno al cúmulo de causas que llevaron a declarar el estado de emergencia económica y social, se observa que lo dicho en la parte motiva del Decreto está relacionado con la necesidad de que las aguas del embalse enriquezcan el caudal del río, brillando por su ausencia toda alusión a la necesidad de iniciar el proceso de generación de energía.

Agrega que el Decreto 1979 de 2015 es violatorio del principio de autonomía de la Rama Judicial al dejar sin efecto una decisión adoptada en el curso de un proceso de protección de los derechos colectivos, más aún cuando el Gobierno reconoce la existencia del trámite judicial y ante sí decide violentarla.

Christian Medina Rojas¹²

En condición de ciudadano **interviene para solicitar que se declare inexecutable el Decreto 1979 de 2015.** Considera que el Gobierno Nacional ha subvertido el orden constitucional y soslayado los principios estatutarios de finalidad y necesidad previstos en la Ley 137 de 1994. Acerca del desconocimiento del principio de separación de poderes recuerda que en Tribunal Administrativo del Huila se tramita una acción popular instaurada contra EMGESA S.A., constructora del proyecto hidroeléctrico El Quimbo y contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a través de autos calendados el 5 de febrero, el 11 de junio y el 17 de julio de 2015, se decretó una medida cautelar que se encuentra en firme.

La cautela fue decretada para precaver la contaminación del río Magdalena y eventuales efectos nocivos para los moradores ribereños, le impuso a la demandada las obligaciones de garantizar un caudal mínimo de 160 m³/seg en cualquier época del año y la instalación de un sistema permanente de monitoreo de la calidad de agua. Adicionalmente el Tribunal prohibió la generación de energía hasta que la ANLA certifique el retiro de la biomasa y los desechos forestales del embalse, esto en cumplimiento de la licencia ambiental.

Afirma que la ANLA aún no ha certificado esa circunstancia en el proceso y que el 21 de octubre se realizó una inspección judicial contando con el apoyo de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, para corroborar si ello se había satisfecho y luego de realizar los estudios los técnicos rindieron un informe el pasado 4 de noviembre, dando cuenta que esa labor aún no ha

¹² Folio 147 y siguientes.

culminado y que los datos que les ha reportado EMGESA no son suficientemente claros, por ello consideran que no se le ha dado cumplimiento cabal a la licencia y que es imperativo retirar todo el material vegetal que se encuentra flotando debajo de la cota 708, para evitar la inminente descomposición y la posible afectación del recurso hídrico.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 6011 del 23 de noviembre de 2015, **solicita a la Corte declarar inexecutable el Decreto que se revisa.**

Inicia el análisis con la revisión formal del Decreto 1979 de 2015, teniendo en cuenta que fue promulgado con la firma de todos los ministros, dentro de la vigencia del estado de emergencia económica declarado el 7 de septiembre de 2015 por el término de 30 días. Señala, entonces, que fue expedido conforme al ordenamiento superior, teniendo en cuenta que fue publicado el 6 de octubre siguiente.

Respecto del contenido del Decreto recuerda que su revisión comprende los criterios siguientes: (i) debe referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia que el Gobierno Nacional decreta, (ii) debe estar destinado exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos en relación con el estado de emergencia, (iii) el Gobierno puede establecer nuevos tributos o modificar los existentes pero en forma transitoria, y (iv) mediante esta clase de Decreto el Gobierno no puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

Para la Vista Fiscal, la relación de medio a fin que debe existir entre el Decreto que se revisa y el que dio origen al estado de emergencia, no es tan clara. El Decreto 1979 de 2015 fue expedido para autorizar el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo con el fin de suministrarle cantidades de agua suficiente al río Magdalena para elevar el nivel del mismo para que las barcazas puedan transportar el combustible de la refinería de Barrancabermeja hacia los municipios ubicados en la frontera con Venezuela y que fueron cobijados con la declaratoria del Estado de Emergencia, teniendo en cuenta que actualmente los niveles del río Magdalena no permiten la navegabilidad de tales barcazas como consecuencia del fenómeno del Niño.

La represa de El Quimbo está ubicada en el municipio de San Agustín, departamento del Huila, que corresponde al comienzo del trayecto de la zona alta del río Magdalena, siendo la longitud de este río de 1540 kilómetros y habiendo desde San Agustín hasta sus desembocaduras (Bocas de Ceniza y Barranco de Loba), una alta demanda de agua por razones de agricultura, ganadería, acueductos, industrias, hasta el punto de llegar a la sobreexplotación del recurso hídrico, todo lo cual contribuye en la disminución de su caudal.

En esta época del fenómeno del Niño, agrega el Procurador, nada garantiza que el agua que se libere de la represa de El Quimbo llegue a ser suficiente para mantener la navegabilidad del río Magdalena a la altura de Barrancabermeja, y de allí hasta Honda y Barranquilla, debido a la excesiva necesidad del agua durante el recorrido del afluente.

Para el Jefe del Ministerio Público no hay una relación directa de medio a fin en la expedición del Decreto 1979 de 2015 para conjurar la crisis que obligó a decretar el estado de emergencia mediante el Decreto 1770 de 2015, porque nada garantiza que el flujo de agua que se requiere para la navegabilidad de las barcazas que transportan combustible desde la refinería de Barrancabermeja pueda ser suministrado por la represa de El Quimbo, más aún cuando precisamente es la industria petrolera ubicada en el puerto petrolero de las que más consume agua del propio río.

Para el Procurador no hay relación geográfica directa entre la ruta de transporte de combustible desde la refinería de Barrancabermeja, a través del río Magdalena, y los combustibles que se requieren transportar a los municipios ubicados en la frontera con Venezuela y que fueron objeto de cubrimiento con el estado de emergencia, en tanto tales municipios están geográfica y topográficamente ubicados a muchos kilómetros de distancia de la orilla oriental del río Magdalena.

En concepto del Procurador General, el Gobierno Nacional pretende con el Decreto 1979 de 2015 conjurar la crisis en materia de escasez de generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, causada por el fenómeno del Niño, evadiendo al mismo tiempo una orden judicial de suspensión de generación de energía impartida por el Tribunal Administrativo del Huila. Las obligaciones impuestas por el Tribunal no se han cumplido, tal como lo certificó la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena en oficio dirigido a esa Corporación.

Concluye el Procurador expresando que la intención del Gobierno Nacional es razonable, pero el medio utilizado para lograr su finalidad es abiertamente inconstitucional por ausencia de relación directa, específica e inmediata con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 1979 del 6 de octubre de 2015, expedido en desarrollo del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, declaratorio del estado de emergencia social, en virtud de lo previsto en el artículo 241, numeral 7º, concordante con el artículo 215 de la Constitución Política.

Conforme con la jurisprudencia sentada por esta Corporación desde el año 1992, el examen que le corresponde efectuar a este Tribunal sobre los Decretos Legislativos de desarrollo, reviste un carácter integral en tanto comprende la verificación de los aspectos formales y materiales de los mismos¹³.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si con el Decreto 1979 de 2015, el Ejecutivo desbordó la órbita de sus atribuciones en relación con las competencias del Tribunal Administrativo del Huila. Por tanto, la Corte deberá establecer la existencia de límites al ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional durante los estados de excepción, particularmente respecto de las competencias constitucionalmente asignadas a los jueces.

Para este propósito llevará a cabo (i) el examen formal del Decreto, (ii) luego analizará el contenido y el alcance del mismo, (iii) reiterará la jurisprudencia en relación con el control de constitucionalidad sobre esta clase de Decretos, (iv) examinará el alcance de la medida adoptada, y (v) terminará con el estudio de los requisitos materiales del Decreto 1979 de 2015.

3. Examen formal.

La Corte encuentra que el Decreto Legislativo número 1979 del 6 de octubre de 2015, cumple las exigencias formales establecidas por el artículo 215 de la Constitución y la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, toda vez que:

(i) fue firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros¹⁴; (ii) se dictó dentro del límite temporal de los treinta (30) días establecido en el artículo 1° del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015¹⁵; (iii) en el texto aparecen explícitos en su parte considerativa los motivos que condujeron al Gobierno a adoptar la medida a examinar, los cuales para la Corte resultan por sí mismos suficientes; y (iv) fue recibido en esta Corporación para su revisión constitucional el día 7 de octubre de 2015¹⁶.

Así las cosas, encuentra la Corte que en relación con el aspecto formal del Decreto 1979 de 2015, se cumple a cabalidad con las prescripciones del Estatuto Fundamental y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

4. El contenido y alcance del Decreto Legislativo

¹³ Cfr. sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-216 de 1999 y C-135 de 2009.

¹⁴ Por la ministra de relaciones exteriores firmó la viceministra de relaciones exteriores, encargada de las funciones del despacho de la ministra; y por la ministra de cultura firmó la viceministra de cultura encargada de las funciones del despacho de la ministra, lo cual no implica un vicio de forma en la expedición del decreto.

¹⁵ El estado de emergencia fue declarado el siete (7) de septiembre de 2015 por un término de treinta (30) días calendario, es decir, estuvo vigente hasta el pasado seis (6) de octubre, fecha en la cual fue expedido el Decreto 1979.

¹⁶ Se recibió copia auténtica del Decreto 1979 de 2015 el día 7 de octubre de 2015.

El Decreto Legislativo 1979 de 2015, por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo, está compuesto de dos artículos, el primero sirve para adoptar la medida y el 2º se limita a establecer que rige a partir de la fecha de su publicación.

En el presente caso aparece como asunto constitucionalmente relevante el hecho que el Gobierno Nacional motivó su decisión, entre varias razones, en la vigencia de una medida cautelar ordenada por el Tribunal Administrativo del Huila dentro de una acción popular promovida contra EMGESA S.A. E.S.P. y el Ministerio de Medio Ambiente, cautela que obligaba a la demandada a no iniciar la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo hasta que la ANLA certificara el retiro del vaso del embalse de los desechos forestales y la biomasa. La ANLA debería certificar la inexistencia de peligro de contaminación al recurso hídrico.

Respecto de las atribuciones de la Rama Judicial el artículo 228 de la Constitución Política establece:

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. **Sus decisiones son independientes.** Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. **Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.**

Resultado de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, la separación entre las Ramas del Poder Público se erige como el bastión más firme para garantizar la vigencia del Estado de Derecho, las libertades públicas y la preminencia de la democracia como forma de gobierno; por esta razón, toda medida adoptada por el Ejecutivo encaminada a asumir funciones de los jueces, debe ser sometida al más riguroso examen de constitucionalidad, ya que están de por medio la institucionalidad y los derechos fundamentales de las personas que legítimamente acuden ante las autoridades judiciales con la válida expectativa de ver resueltos sus conflictos al cabo de un proceso legalmente reglado.

La irrupción del Ejecutivo en un proceso judicial argumentando la vigencia de uno de los estados de excepción y la necesidad de conjurar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, además de una motivación necesaria, suficiente y proporcional, requiere de acontecimientos superlativos, capaces de explicar una decisión *prima facie* censurable como la de desconocer una decisión judicial y remplazarla por otra adoptada por el Gobierno.

La colaboración armónica entre la Ramas del Poder Público, predicada por el artículo 113 superior, obliga el respeto mutuo entre ellas y a pesar de la existencia de eventualidades provenientes de los estados de excepción, éstas no habilitan *per se* al Ejecutivo para imponer omnímodamente su voluntad,

menos aún sobre las decisiones de los jueces y que son traducidas en providencias amparadas constitucionalmente.

5. Alcance del control de constitucionalidad sobre los Decretos Legislativos expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia

La Carta Política establece un control mixto respecto de los Decretos expedidos al amparo del artículo 215 superior, los cuales serán sometidos tanto al examen del Congreso de la República, como al estudio de la Corte Constitucional, siendo ambos métodos de verificación diferentes en su naturaleza, pero congruentes en cuanto sirven para verificar la concordancia entre las medidas adoptadas y el texto de la Ley Fundamental¹⁷.

5.1. El Congreso de la República ejerce control político sobre el Ejecutivo y las medidas adoptadas, y tiene por objeto *“deducir la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales (Art. 215 C. P.). La Constitución regula el control político y señala que el Gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia, convocará al Congreso si no se hallare reunido para los diez días siguientes al vencimiento de la declaratoria, y que si no fuere convocado el Congreso se reunirá por derecho propio, con el propósito de examinar el informe motivado que le presentara el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración y las medidas adoptadas (Art. 215 C. P.)¹⁸. El Congreso debe pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria”¹⁹.*

5.2. Además del control político que le corresponde al Congreso de la República, esta Corporación tiene asignada una función legislativa, según la cual, *“durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo”* (Art. 215 superior).

¹⁷ Sentencia C-135 de 2009.

¹⁸ Precepto desarrollado por el artículo 39 de la LEEE cuyo tenor es el siguiente:

“Si dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el Congreso no se halla reunido, lo hará por derecho propio y el Gobierno le rendirá inmediatamente un informe sobre las razones que determinaron la declaración. También deberá presentarle un informe cuando sea necesario prorrogar el Estado de Conmoción Interior.

Cada una de las Cámaras dispondrá de un plazo máximo de 15 días para pronunciarse sobre los informes de que trata el presente artículo.

Mientras subsista la Conmoción Interior, el Gobierno enviará cada treinta días un informe sobre la evolución de los acontecimientos, las medidas adoptadas, su evaluación, así como de las investigaciones en curso sobre eventuales abusos en el uso de las facultades.

Cuando haya lugar, las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias, presentarán ante la respectiva Cámara las recomendaciones que juzguen convenientes y necesarias”.

¹⁹ Sentencia C-135 de 2009.

De esta forma, la Constitución garantiza la vigencia de la atribución legislativa propia del Congreso de la República. El control jurídico sobre los Decretos Legislativos corresponde a la Corte Constitucional, quien cumple una función relevante como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución (Art. 241 superior). Dicho control recae sobre los actos jurídicos adoptados por el Ejecutivo en virtud del estado de emergencia comprendiendo tanto el decreto declaratorio como los expedidos en su desarrollo. Es un control objetivo que implica una labor de cotejo entre el acto emitido y los parámetros normativos de control.

5.3. Dichos parámetros de control a los actos del legislador extraordinario están dados por: i) la Constitución Política, ii) los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (Art. 93 superior), y iii) la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción²⁰.

Dado que los estados de excepción revisten tres modalidades como son la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, social y ecológica o de calamidad pública, el examen que emprende la Corte debe atender las particularidades o rasgos distintivos propios de cada situación.

5.4. Para el caso de los Decretos Legislativos expedidos en virtud del estado de emergencia, el artículo 215 de la Carta Política determina los siguientes presupuestos: i) la presencia sobreviniente de hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y

²⁰ Esta Ley regula lo atinente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, particularmente entre los artículos 46 y 50, según los cuales:

Artículo 46. Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En el decreto declarativo el Gobierno deberá establecer la duración del Estado de Emergencia, que no podrá exceder de treinta días y convocara al Congreso, si no se halla reunido, para los 10 días siguientes al vencimiento del término de dicho Estado.

De conformidad con la Constitución, en ningún caso, los Estados de Emergencia sumados podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Artículo 47. Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado.

Parágrafo. Durante el Estado de Emergencia, el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

Artículo 48. Informes al Congreso. El Gobierno le rendirá al Congreso un informe motivado sobre las causas que determinaron la declaración y las medidas adoptadas.

El Congreso examinará dicho informe en un plazo hasta de treinta (30) días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras, y se pronunciará sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas.

Artículo 49. Reforma, adiciones o derogaciones de medidas. El Congreso podrá, durante el año siguiente a la declaratoria del Estado de Emergencia, reformar, derogar, o adicionar los decretos legislativos que dicte el Gobierno durante dicho Estado, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa gubernamental.

También podrá, en cualquier momento, ejercer estas atribuciones en relación con las materias que sean de iniciativa de sus miembros.

Artículo 50. Derechos sociales de los trabajadores. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.

ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública; ii) con la declaración del estado de emergencia podrá el Presidente de la República dictar Decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos; iii) los decretos expedidos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y podrán en forma transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente; iv) el Congreso durante el año siguiente a la declaratoria de emergencia podrá derogar, modificar o adicionar los Decretos en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con las que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer tales atribuciones en todo tiempo; y v) el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

5.5. Adicionalmente, la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, establece: i) la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos de conformidad con el artículo 93 de la Constitución (art. 3º), ii) los derechos intangibles (art. 4º), iii) la prohibición de suspender los derechos (art. 5º), iv) la vigencia del Estado de derecho (art. 7º), v) la justificación expresa de la limitación del derecho (art. 8º), vi) el que las facultades de esta ley sólo pueden utilizarse cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad y demás condiciones y requisitos establecidos en la misma (art. 9), vii) la no discriminación (art. 10) y viii) las prohibiciones como interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público y los órganos del Estado, suprimir y modificar los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento (art. 15).

5.6. Se observa, entonces, que el ejercicio de los poderes excepcionales es una actividad reglada. En un Estado social y democrático de derecho, fundado en el principio de dignidad humana, los derechos humanos deben permanecer inalterables con independencia de la situación de normalidad o anormalidad institucional.

Los derechos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos²¹, máxime cuando algunos alcanzan por sí mismos el carácter de intangibles²². No obstante, pueden establecerse restricciones a algunos derechos lo cual ha sido denominado por la doctrina constitucional como “*la paradoja de los estados de excepción*”, al limitarse dichos derechos y libertades fundamentales para beneficio de los mismos²³.

²¹ Constitución Política y artículo 5º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

²² Artículo 4º de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.

²³ En la sentencia C-179 de 1994, que examinó el proyecto de ley Estatutaria de los Estados de Excepción, la Corte señaló: “No obstante su naturaleza restrictiva, dentro de un Estado de derecho las normas de excepción han de mantener el sello que a éste le es inherente, a saber: 1. el gobernante, no obstante su mayor poder discrecional, está sujeto a control en todos los actos que, dentro de la nueva situación realice, y 2. la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación

5.7. Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte en orden a la interpretación de los límites constitucionales impuestos al legislador de excepción, el examen de constitucionalidad que ha de iniciar esta Corporación, debe comprender, en el contexto del estado de emergencia, los siguientes aspectos generales:

-*La conexidad* en cuanto a la relación que debe existir entre los hechos que motivan la declaratoria del estado de emergencia y las medidas que en su desarrollo adopte concretamente el Gobierno, lo cual se extrae del artículo 215 de la Constitución, cuando señala que los decretos ley “*deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia*”²⁴.

-*Los principios de finalidad* ya que las medidas legislativas deben estar directa y específicamente orientadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos (art. 10, Ley 137 de 1994); *necesidad*²⁵ porque se deben expresar claramente las razones por las cuales las medidas adoptadas son indispensables para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia (art. 11, Ley 137 de 1994), lo cual comprende la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo; y *proporcionalidad*²⁶ por cuanto las medidas expedidas deben guardar proporción (si resultan excesivas) con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación al ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad (art. 13, Ley 137 de 1994)²⁷.

de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes”.

²⁴ Sentencias C-137 de 1999, C-373 de 1994 y C-179 de 1994.

²⁵ En la sentencia C-149 de 2003, la Corte manifestó: “Este juicio comprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente como responsable del orden público incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado son necesarias para superar las causas de perturbación o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”.

²⁶ En la sentencia C-149 de 2003, se expuso: “Este juicio tiene dos manifestaciones. La primera de orden policivo, consistente en analizar la relación entre la medida adoptada y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Sería inexecutable entonces la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público. La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.” Se trata aquí de la existencia de un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido, caso en el cual esta medida también se torna inexecutable por desproporcionada. Tal como lo ha reiterado esta Corporación en varias oportunidades, el principio de proporcionalidad “es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002...). Este principio tiene una aplicación específica en materia del ejercicio de las facultades del Gobierno en estados de excepción”.

²⁷ En la sentencia C-179 de 1994, la Corte al examinar el artículo 47 del proyecto de Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en cuanto a las facultades del Gobierno en virtud de la declaratoria del estado de emergencia, señaló que los decretos legislativos i) deben guardar relación de conexidad directa y específica

-*La motivación suficiente* toda vez que deben exponerse las razones por las cuales se establecen cada una de las limitaciones a los derechos constitucionales, con el fin de demostrar la relación de conexidad con las causas que originaron la perturbación del orden social y los motivos por los cuales se hacen necesarias (art. 8, Ley 137 de 1994). En el caso de que la medida adoptada no limite derecho alguno resulta menos exigente aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique.

-La no violación de los derechos humanos y demás límites establecidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

6. Medida adoptada mediante el Decreto 1979 de 2015

Con este Decreto Legislativo el Gobierno Nacional autorizó el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, según lo ha expresado busca resolver el problema de desabastecimiento de combustibles en la zona fronteriza afectada, problema generado por el corte de suministro de combustible líquido desde Venezuela. Afirmó el Ejecutivo que se trata de hacer frente a tres problemas concretos: 1. el impacto del cierre de la frontera en la oferta de combustible líquido, 2. la necesidad de suplir la demanda creciente a raíz del cierre de la frontera, y 3. las dificultades de transporte del combustible por el río Magdalena.

7. Análisis de los requisitos materiales del Decreto 1979 de 2015

Atendiendo a lo dispuesto en la Carta Política y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, la Sala procede a realizar el estudio de los requisitos materiales del Decreto bajo examen, a partir de los aspectos relacionados con la conexidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

7.1. Análisis de conexidad. La Sala verificará la relación existente entre los hechos que motivaron la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, y la medida adoptada con el Decreto bajo estudio.

Con el fin de establecer la conexidad entre las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia y la medida que en su desarrollo adoptó el Gobierno con el Decreto 1979 de 2015, la Corte tendrá en cuenta las consideraciones invocadas por el Gobierno al declarar el estado de emergencia a través del Decreto 1770 del mismo año.

El Decreto 1770 de 2015, declaratorio del estado de emergencia, expone una serie de consideraciones de las cuales es pertinente destacar algunas para efectos del presente caso, particularmente las señaladas por el Gobierno Nacional como fundamento para la medida adoptada. A folio 85 del expediente aparece la explicación sobre el requisito de conexidad, allí la

con las causas invocadas para declararlo y ii) su validez depende de su finalidad que debe consistir en conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, la proporcionalidad de las medidas que se dicten para conjurar las circunstancias de crisis y la necesidad de las mismas.

Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República afirma que el nexo con la medida del Decreto 1979 de 2015 lo da el siguiente aparte:

“Que no obstante que Colombia tiene un mercado natural con Venezuela, al punto que, pese a las dificultades, el país vecino es el tercer destino de las ventas no minero energéticas de Colombia, entre el 2008 y el 2014 las ventas totales al mismo se redujeron en 67%.

Que según estimaciones de la Cámara de Comercio de Cúcuta, cada 30 días de cierre generan pérdidas en exportaciones de alrededor de USD 3,2 millones, generando que los productores tengan que buscar nuevos clientes para su oferta en el mercado nacional o en otros países incurriendo en costos en la transición.

Que según el DANE, cerca del 40% de las importaciones desde Venezuela representan el 10% de la canasta básica de consumo para hogares, por lo cual no se descartan impactos directos sobre la inflación.

Que todo lo anterior se traducirá en una desaceleración generalizada de la actividad económica de los municipios de la frontera que afectará la calidad de vida de sus habitantes y daría espacio a una mayor desigualdad, afectando gravemente el orden social y económico de la zona de frontera.

(...)

Que en función de las dinámicas económicas propias de los municipios de la frontera, el cierre de los puntos de paso se traduce en un aumento de la presión del mercado laboral que puede traer consecuencias desfavorables de tipo social y económico.”

Como se dijo en la sentencia C-670 de 2015, el Gobierno Nacional tenía razones fundadas para declarar el estado de emergencia y adoptar medidas destinadas a conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos. Sin embargo, no todas las medidas adoptadas en desarrollo del Decreto 1770 son constitucionalmente válidas, lo serán únicamente aquellas que atiendan a lo establecido en la Carta Política.

7.1.1. Conexidad externa. Al comparar las consideraciones expuestas en el Decreto 1770 de 2015 con la medida adoptada en el Decreto 1979 del mismo año, aparece la falta de concordancia entre las mismas, si se tiene en cuenta que en éste el Gobierno autorizó el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, para resolver el problema de desabastecimiento de combustible líquido en la zona de frontera afectada con la crisis desatada a partir de decisiones adoptadas por el Gobierno del vecino país.

Observa la Sala, en primer lugar, que la denominación del Decreto está vinculada con **autorizar el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo**, como si esta fuera la motivación principal de la medida, circunstancia que se repite en el artículo 1° del Decreto.

Como lo ha expresado el Gobierno Nacional tanto en la parte motiva del Decreto como en las intervenciones ante esta Corporación, tenía claro conocimiento de la existencia del proceso judicial que cursa ante el Tribunal Administrativo del Huila, en el que está vigente una medida cautelar en el sentido de ***“ordenar que no se inicie la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo hasta que la ANLA certifique que EMGESA haya retirado del vaso del embalse los desechos forestales y la biomasa ... y una vez que esto ocurra, dicha institución garantizará que no existe ningún peligro de contaminación del recurso hídrico”***. Esta providencia cobro ejecutoria el 24 de julio de 2015²⁸.

El Gobierno Nacional tenía claro y preciso conocimiento de esta orden judicial según se desprende de las consideraciones expuestas para expedir el Decreto 1979 de 2015, como también de lo expresado por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, quien afirmó:

“a. Mediante acción popular presentada en 2014 ante el Tribunal Administrativo del Huila, las sociedades Sea & Fish S.A.S., Piscícola El Caracolí S.A.S., entre otras, reclamaron la protección de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la salubridad pública, a la seguridad alimentaria, y a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, supuestamente amenazados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Empresa Generadora y Comercializadora de Energía EMGESA S.A. E.S.P., como consecuencia de la reducción de los caudales hídricos que se presentaría durante las etapas de llenado y operación de la Hidroeléctrica El Quimbo y por la alteración de las calidades de agua del río Magdalena, que a su sentir generarían disminución de las concentraciones de oxígeno necesarias para la vida acuática, con la consecuente mortalidad masiva de peces en el embalse de Betania”²⁹.

El Gobierno Nacional sabía de la existencia del proceso, además el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es parte demandada en el mismo, tenía conocimiento de la vigencia de la medida cautelar y a pesar de ello, mediante el empleo de las facultades extraordinarias propias del estado de emergencia económica decretado por el mismo Ejecutivo, optó por ordenar la generación de energía eléctrica en el citado Proyecto Hidroeléctrico.

Tan reprochable como lo anterior es que el Gobierno Nacional pretenda justificar su actuación en un informe de la ANLA según el cual las condiciones impuestas por el Tribunal se hallaban cumplidas en un 99% y, por lo mismo, se podría iniciar la generación de energía eléctrica. Este informe debió ser enviado por el Gobierno al Tribunal Administrativo del Huila para ser incorporado al expediente, valorado probatoriamente antes de que el Juez competente, dentro del proceso de acción popular, adoptara la decisión respectiva.

²⁸ Ver a folio 162 certificación de la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Huila.

²⁹ Folio 94 del expediente.

En una actuación jurídicamente reprobable, el Ejecutivo asumió las funciones del Tribunal Administrativo del Huila, valoró la prueba presuntamente enviada por la ANLA y resolvió autorizar la generación de energía en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo.

Estos hechos llevaron al Procurador General de la Nación a dudar de la conexidad o causalidad entre el Decreto 1770 de 2015 y el 1979 sometido a revisión. Dijo el Jefe del Ministerio Público:

“... la represa del Quimbo está ubicada en el municipio de San Agustín, departamento del Huila, que corresponde al comienzo del trayecto de la zona alta del río Magdalena; siendo la longitud total de este río de 1540 kilómetros, y habiendo desde San Agustín hasta sus desembocaduras (Bocas de Ceniza y Barranco de Loba), una demanda de agua por diferentes razones (agricultura, ganadería, acueductos, industrias, etc.) supremamente alta, hasta el punto de llegar a la sobre explotación del recurso hídrico; a lo cual hay que agregarle la desertificación de la cuenca y la deforestación, lo cual disminuye su caudal.

Además, frente a la motivación de falta de suficiente caudal de agua del río Magdalena a la altura de Barrancabermeja, hay que resaltar que Ecopetrol y las empresas petroleras usan altísimos consumos de agua del río Magdalena para extraer petróleo de los pozos ubicados en la zona del puerto petrolero y para la refinería, lo cual en sí mismo es un contrasentido en relación con las motivaciones por las cuales el Gobierno Nacional en pleno expidió el Decreto 1979 de 2015.

Así, lo anteriormente expuesto significa que en esta época del Fenómeno del Niño, que está pronosticado como el tercero más fuerte de toda la historia de su diagnóstico y que se extenderá hasta junio del año 2016, nada garantiza que el agua que se libere de la represa de El Quimbo llegue a ser suficiente para mantener la navegabilidad del río Magdalena a la altura de Barrancabermeja, y de allí hasta Honda y Barranquilla, debido a la excesiva necesidad del preciado líquido durante todo el recorrido de tal afluente”³⁰.

Esta argumentación llevó al Jefe del Ministerio Público a concluir que NO HAY UNA RELACIÓN DIRECTA DE MEDIO A FIN EN LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 1979 DE 2015 PARA CONJURAR LA CRISIS QUE OBLIGÓ A DECRETAR EL ESTADO DE EMERGENCIA MEDIANTE EL DECRETO 1770 DE 2015 y, en esta medida, solicitó a la Corte la declaratoria de inexecutable.

A lo anterior se suma que el Gobierno Nacional, en las consideraciones expuestas para expedir el Decreto 1979 de 2015, nada dice sobre medidas alternativas para abastecer de combustible líquido a los municipios afectados, entre ellas la importación a través de los puertos marítimos de Cartagena y Santa Marta, tampoco valoró los costos económicos de esta importación

³⁰ Folios 209 a 211 del expediente.

respecto de los costos y consecuencias sociales, culturales, laborales y ambientales de la orden que impartió, teniendo en cuenta que autorizó una medida altamente invasiva del entorno natural propio de la arteria fluvial más importante del país.

Tampoco tuvo en cuenta que la refinería de Cartagena, recientemente inaugurada³¹, en los próximos días podrá atender requerimientos mucho mayores a los que corresponden a la refinería de Barrancabermeja; el Gobierno Nacional se limitó a adoptar una medida de carácter permanente, sin considerar soluciones alternas ni periodos razonables para iniciar la generación de energía eléctrica; además, la información que posee el Ejecutivo no permite establecer con alto grado de certeza que la medida adoptada sea suficiente para permitir la navegación de las barcazas, ya que debido al fenómeno del Niño bien puede ocurrir que el nivel del agua no suba lo necesario para que las expectativas gubernamentales resulten satisfechas.

El Gobierno Nacional manifestó que expedía el Decreto 1770 de 2015 considerando:

“Que el citado decreto (1770 de 2015) reconoció el grave impacto que la decisión del cierre de las fronteras generó en el comercio binacional, siendo uno de los mercados más afectados el de los combustibles líquidos derivados del petróleo, pues dicho cierre produjo problemas de abastecimiento en los municipios objeto de declaratoria de la emergencia que debe satisfacerse con combustibles nacionales.

Que un eventual desabastecimiento de combustibles en la zona de frontera afectaría gravemente el normal desempeño de la economía pues produciría un incremento de precios en los productos que se comercializan en dichos municipios, aumentaría los costos de producción y transporte, reduciría la capacidad adquisitiva de las familias y podría ocasionar riesgos para el empleo y el suministro de bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población.

Que tal como lo indica el Ministerio de Minas y Energía, el cierre de la frontera produjo que la demanda de combustibles líquidos en los municipios objeto de la declaratoria de emergencia se incrementara en 51 %, la cual debe cubrirse en su mayoría con un aumento en la producción de la refinería de Barrancabermeja.

Que con el fin de satisfacer el aumento de la demanda generado por el cierre de la frontera, las barcazas que transportan el combustible desde Barrancabermeja deben cargarse con mayores volúmenes, lo que a su

³¹ La refinería de Cartagena –REFICAR-, fue inaugurada por el Presidente de la República el 21 de octubre de 2015. Según lo afirmado durante el acto de inauguración, cuando esté en plena producción procesará 165.000 barriles de petróleo diarios. La refinería tiene capacidad de transformar crudo en gasolina, combustible de aviación (jet fuel), diésel de bajo y ultra bajo azufre. Según el Gobierno Nacional la carga de la refinería de Barrancabermeja puede llegar a los 240 mil barriles diarios (folio 90 del expediente).

vez exige que el caudal del Río Magdalena ofrezca niveles de navegabilidad suficientes para barcazas de mayor capacidad.

Que a causa del fenómeno del Niño, a la fecha, el caudal del Río Magdalena no ofrece los niveles de navegabilidad exigidos para las barcazas que, cargadas con mayores volúmenes de combustible, deben zarpar desde la refinería de Barrancabermeja.

Que a través de Resolución 0899 del 15 de mayo 1999, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó a la compañía Emgesa licencia ambiental para desarrollar el proyecto hidroeléctrico “El Quimbo”, el cual debería tener una capacidad instalada de 400 MW.

Que por auto del 5 de febrero 2015, el Tribunal Administrativo del Huila, en trámite de una acción popular adelantada en contra de la firma Emgesa, ordenó como medida cautelar, que dicha compañía se abstuviera de iniciar la actividad de llenado del embalse hasta tanto se lograra un caudal óptimo de aguas; disponiendo de manera simultánea, efectuar un monitoreo permanente al agua para efectos de garantizar la calidad de la misma.

Que por auto del 17 julio de 2015, Tribunal Administrativo del Huila constató que dentro de las obligaciones contempladas en el licenciamiento ambiental, se había advertido que Emgesa debía retirar material forestal y la biomasa del vaso de la represa, actividad que Emgesa no procedió a ejecutar antes de iniciar la fase de llenado. En consecuencia, y toda vez que resultaba físicamente imposible impedir el llenado, la Corporación judicial ordenó modificar la medida cautelar dispuesta y en su lugar señaló que se debía suspender la actividad de generación de energía hasta tanto se retiraran los desechos forestales y la biomasa, al tiempo que, estableció que la autoridad ambiental debía certificar que no existía peligro de contaminación del recurso hídrico.

Que no obstante lo anterior, y con el fin de elevar el caudal del Río Magdalena, se hace necesario habilitar flujo de agua del proyecto hidroeléctrico "El Quimbo", actualmente suspendido por la citada decisión del Tribunal Administrativo del Huila, dado que, de acuerdo con lo constatado por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, las obligaciones impuestas por dicho Tribunal en el auto del 17 julio 2015, relativas al retiro de la biomasa, se han cumplido en un 99%.

Que en las condiciones actuales, una vez iniciada la generación de energía eléctrica por parte de Emgesa, se aportarán al Río Magdalena cantidades suficientes de agua para elevar el nivel del mismo, en las magnitudes que requiere la navegabilidad de las barcazas que transportan el combustible de que tratan los considerados anteriores”.

Para la Sala no existe conexidad externa entre los motivos expuestos para expedir el Decreto 1770 de 2015 y la medida adoptada con el Decreto 1979

que se examina, ya que la autorización para iniciar la generación de energía en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el consecuente incremento en el caudal del río Magdalena, antes que contribuir al abastecimiento de combustible a los municipios afectados, corresponde a una orden del Gobierno Nacional impartida con el propósito deliberado de desconocer lo dispuesto en una decisión judicial válidamente adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila.

La separación entre las ramas del poder público representa una de las conquistas más importantes para el desarrollo y vigencia de los regímenes democráticos, el respeto mutuo entre ellas es fundamento para el adecuado funcionamiento del Estado, por lo mismo, toda usurpación o irrupción del Ejecutivo en el campo de las competencias de la Rama Judicial debe ser censurado aun cuando esté revestida de los más loables propósitos.

Las libertades públicas y los derechos fundamentales sólo mantienen su vigencia en la medida que los agentes estatales observen las reglas que la Constitución Política les impone, todo acto transgresor de estas normas básicas es altamente reprochable por las nefastas consecuencias que entraña y por el mensaje equivoco que envía a una comunidad que espera de sus gobernantes un comportamiento ajeno a toda arbitrariedad.

7.1.2. Conexidad interna. Para la Sala, la medida adoptada mediante el Decreto bajo examen no está relacionada en forma directa y específica con las consideraciones invocadas en el mismo. La decisión se fundamenta en:

“Que por auto del 5 de febrero 2015, el Tribunal Administrativo del Huila, en trámite de una acción popular adelantada en contra de la firma Emgesa, ordenó como medida cautelar, que dicha compañía se abstuviera de iniciar la actividad de llenado del embalse hasta tanto se lograra un caudal óptimo de aguas; disponiendo de manera simultánea, efectuar un monitoreo permanente al agua para efectos de garantizar la calidad de la misma.

Que por auto del 17 julio de 2015, el Tribunal Administrativo del Huila constató que dentro de las obligaciones contempladas en el licenciamiento ambiental, se había advertido que Emgesa debía retirar material forestal y la biomasa del vaso de la represa, actividad que Emgesa no procedió a ejecutar antes de iniciar la fase de llenado. En consecuencia, y toda vez que resultaba físicamente imposible impedir el llenado, la Corporación judicial ordenó modificar la medida cautelar dispuesta y en su lugar señaló que se debía suspender la actividad de generación de energía hasta tanto se retiraran los desechos forestales y la biomasa, al tiempo que, estableció que la autoridad ambiental debía certificar que no existía peligro de contaminación del recurso hídrico.

Que no obstante lo anterior, y con el fin de elevar el caudal del Río Magdalena, se hace necesario habilitar flujo de agua del proyecto hidroeléctrico "El Quimbo", actualmente suspendido por la citada

decisión del Tribunal Administrativo del Huila, dado que, de acuerdo con lo constatado por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, las obligaciones impuestas por dicho Tribunal en el auto del 17 julio 2015, relativas al retiro de la biomasa, se han cumplido en un 99%”.

La Sala observa que el Gobierno Nacional autorizó el inicio de la generación de energía eléctrica en el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, con conocimiento pleno de la existencia de un proceso judicial que cursa en el Tribunal Administrativo del Huila en el cual se ordenó como medida cautelar que EMGESA S.A. E.S.P. debe abstenerse de iniciar la actividad de llenado del embalse hasta tanto se lograra un caudal óptimo de aguas; sin embargo, contra todo pronóstico, el Ejecutivo decidió arrasar la orden judicial e imponer su orden afirmando que la ANLA certificó que las obligaciones impuestas por el Tribunal se hallaban cumplidas en un 99%, función esta que corresponde al Juez del respectivo proceso quien es el único competente para valorar y decidir sobre el informe que fue requerido a la ANLA.

Contrario a lo afirmado por el Gobierno Nacional, a folio 155 del expediente aparece el concepto técnico elaborado por personal adscrito a la Subdirección de Regulación y Calidad Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena –CAM-, documento solicitado por el Tribunal Administrativo del Huila y enviado el 3 de noviembre de 2015, en el que se afirma:

“... EMGESA no ha retirado la totalidad de la madera, guadua y demás biomasa aprovechada en el vaso del embalse por debajo de la cota 708, tal como es el caso del acopio temporal de San Francisco donde se encontraron 603.6 m³ de madera apilada en arrumes, ubicada por debajo de la cota antes mencionada, **lo cual demuestra incumplimiento a lo ordenado en la Resolución 0759 de junio 26 de 2015.**

(...)

d) EMGESA debe retirar con urgencia la madera, guadua y demás biomasa que aún se encuentra flotando en el embalse o en zonas por debajo de la cota 708, para evitar su inminente descomposición y posible afectación al recurso hídrico del embalse, adicional a la reconocida en la Licencia Ambiental del PHEQ”³².

Es decir, el Decreto 1979 de 2015 está motivado en la existencia de un proceso judicial que cursa en el Tribunal Administrativo del Huila, proceso que representa un obstáculo para que EMGESA S.A. E.S.P. inicie la generación de energía eléctrica y, en lugar de seguir las reglas propias del respeto a las decisiones judiciales, en forma desproporcionada el Gobierno Nacional optó por asumir las funciones del Tribunal procediendo a valorar las pruebas y a adoptar decisiones que, se reitera, sólo competen al Juez de la acción popular que se sigue en la ciudad de Neiva.

³² Concepto elaborado por la CAM, solicitado por el Tribunal mediante oficio No. 6618 del 30 de septiembre de 2015, en el marco de la acción popular interpuesta por Comepez S.A. y otros contra EMGESA S.A. E.S.P. y otros, producto de las visitas de seguimiento realizadas los días 21, 22, 23, 26, 27 y 28 de octubre de 2015, a los acopios final de Balseadero y a todos los acopios temporales dispuestos por EMGESA para ubicar la madera y la guadua extraída del vaso del embalse del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo. Copia de este informe fue enviada al Director General de la ANLA y al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

7.1.3. El análisis sobre conexidad externa e interna permite establecer que la medida adoptada por el legislador de excepción no pretende hacer frente a la crisis originada por la crisis fronteriza, sino disponer sobre la generación de energía en una hidroeléctrica que como la de El Quimbo se encuentra a cientos de kilómetros de los municipios afectados, sin que haya una prueba que demuestre con alto grado de certeza que el Gobierno Nacional no contaba con otros mecanismos menos onerosos para atender el desabastecimiento de combustibles líquidos.

7.2. Análisis de finalidad. Considera la Sala que la medida adoptada mediante el Decreto 1979 de 2015 no está directa y específicamente orientada a conjurar la crisis causada en la frontera y a impedir la extensión de sus efectos, en cuanto no tiene la potencialidad de proveer al Gobierno Nacional de instrumentos adecuados e indispensables para abastecer a los municipios afectados con la cantidad de combustibles líquidos requeridos.

La medida analizada no es necesaria, adecuada e indispensable para lograr los fines de la declaratoria de emergencia; esto por cuanto el Gobierno Nacional no valoró otros medios para hacer frente al desabastecimiento de combustibles líquidos, entre ellos el transporte en carro tanques utilizando la red vial e implementado planes e incentivos para esta clase de actividad; se limitó a adoptar la medida sin ponderar los efectos colaterales relacionados con costos ambientales, sociales, culturales y económicos que indudablemente afectan a las personas que habitan, trabajan y obtienen los recursos para su sustento diario en las áreas aledañas al embalse.

El Gobierno Nacional reconoció las repercusiones de su actuación cuando afirmó estar consciente “... *de que la decisión de habilitar la producción energética de El Quimbo traería consigo la limitación y afectación de derechos fundamentales, consideró indispensable utilizar las facultades ofrecidas por el Estado de Emergencia para adoptar esa decisión, por lo cual, justamente, comunicó la expedición del Decreto 1979 de 2015 al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas –ONU-, y al Secretario General de la Organización de Estados Americanos –OEA-, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 137 de 1994*”³³.

7.3. Análisis de necesidad. La medida legislativa adoptada con el Decreto 1979 no es necesaria para alcanzar los fines que llevaron a la declaratoria de la emergencia. La necesidad de abastecer de combustible líquido a los municipios afectados con la crisis fronteriza no puede ser satisfecha a expensas de los derechos colectivos y ambientales de quienes han resultado beneficiados con la medida cautelar dispuesta por el Tribunal Administrativo del Huila y que el Gobierno Nacional decidió remover sin ponderar adecuadamente las consecuencias de su actuación.

³³ Intervención de la Presidencia de la República, folio 99 del expediente.

Habría podido el Gobierno proveer otros medios de transporte para los combustibles, contar con la entrada en funcionamiento de la refinería de Cartagena y evaluar la importación a través de los puertos de Cartagena y de Santa Marta, sin sacrificar los derechos de los accionantes en la causa judicial que se sigue en el municipio de Neiva.

El Ejecutivo pudo expedir Decretos promoviendo otros medios de transporte, entre ellos el terrestre, sin menoscabar garantías constitucionales ni intereses de personas que vienen reclamando la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, a la salubridad pública, a la seguridad alimentaria, y a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles.

7.4. Análisis de proporcionalidad. Afirma el Gobierno Nacional que la decisión de facilitar el abastecimiento de combustible a la zona de frontera desde la refinería de Barrancabermeja es más eficiente y menos onerosa de lo que podrían resultar otras alternativas de suministro, como la importación de combustible³⁴. Sin embargo, no aporta elementos que permitan discernir sobre esta afirmación, entre ellos los cálculos de los costos económicos y financieros requeridos para la importación a través de los puertos de Santa Marta y de Cartagena, limita su intervención a afirmar que la medida adecuada es la dispuesta en el Decreto que se examina.

Tampoco evalúa el Gobierno los costos ambientales, alimentarios, sociales, culturales y económicos que acarrea su decisión respecto del entorno natural y de las personas que habitan cerca del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, por cuanto asume que su visión acerca de la manera de afrontar el desabastecimiento de combustibles es la única y sin posibilidad de evaluar otras, entre ellas la de transportar los insumos por vía terrestre o la de considerar la entrada en funcionamiento de la refinería de Cartagena, inaugurada el 21 de octubre pasado a un costo superior a los 8.000 millones de dólares y proyectada para superar en capacidad a la refinería de Barrancabermeja.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la medida adoptada con el Decreto 1979 de 2015 es desproporcionada por no ponderar otras posibilidades eventualmente menos costosas y por excesiva respecto de la finalidad propuesta, que no es otra que la de hacer frente al desabastecimiento de combustible en la zona afectada por la crisis fronteriza.

Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

³⁴ Intervención de la Presidencia de la República, folio 102.

Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto Legislativo número 1979 del 6 de octubre de 2015, *"Por el cual se desarrolla el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015 y se autoriza el inicio de la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico El Quimbo"*.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (e)

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General