

CORTE CONSTITUCIONAL

Luis Ernesto Vargas Silva - Presidente



MEMORIAS ENCUENTRO CONSTITUCIONAL POR LA TIERRA

IBAGUÉ 17, 18 Y 19 DE SEPTIEMBRE DE 2014

Encuentro
Constitucional
por la Tierra



CORTE CONSTITUCIONAL

PRESIDENTE (2014)

Luis Ernesto Vargas Silva

VICEPRESIDENTE

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

MAGISTRADOS

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Gloria Stella Ortiz Delgado

Jorge Iván Palacio Palacio

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Mauricio González Cuervo

María Victoria Calle Correa

Martha Victoria SÁCHICA Méndez (e)

COMITÉ EDITORIAL

EDITORES ACADÉMICOS

Myriam Ávila Roldán

Mónica Alexandra Cruz Omaña

Clara Juliana Neira Rueda

Juan Felipe Lozano Reyes

Iván Darío Hernández Rodríguez

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL (CENDOJ)

Paola Zuluaga Montaña

Directora

Álvaro Garzón Díaz

Jefe de Publicaciones CENDOJ

EDICIÓN Y REVISIÓN DE ESTILO

Editorial Universidad del Rosario

ISBN: 978-958-8857-42-8

DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, D. C., diciembre de 2015

Contenido

Presentación	
<i>Luis Ernesto Vargas Silva</i>	7
Palabras de instalación del X Encuentro de la Jurisdicción Constitucional “Encuentro Constitucional por la Tierra”	
<i>Luis Ernesto Vargas Silva</i>	13
Conferencia inaugural	
El derecho al ambiente sano y el derecho constitucional: desafíos globales	
<i>Michel Prieur</i>	17

Panel I Cambio climático y Constitución

Rol del juez constitucional en la protección ambiental y de los efectos del cambio climático	
<i>Martha Victoria Sáchica</i>	29
Aguaceros y goteras. Derechos de las personas y comunidades afectadas o susceptibles de ser afectadas por desastres	
<i>Gustavo Wilches-Chaux</i>	39
Comentarios al panel sobre Cambio Climático y Constitución	
<i>Julio Carrizosa Umaña</i>	47



Panel II Biodiversidad y Constitución

Biodiversidad y Constitución <i>Gabriel Eduardo Mendoza Martelo</i>	55
Desde la protección de la naturaleza a la conservación de la biodiversidad <i>Nicolás de Sadeleer</i>	69
Limitada protección de la diversidad biocultural de la nación <i>Gabriel Ricardo Nemogá Soto</i>	85
La responsabilidad ecológica <i>Brigitte Baptiste</i>	127

Panel III Agua

Agua: derecho fundamental <i>Rodrigo E. Negrete Montes</i>	137
---	-----

Panel IV Desplazamiento

El rol de la Corte Constitucional en las dinámicas de desplazamiento asociadas a la explotación de recursos naturales <i>Luis Guillermo Guerrero Pérez</i>	181
Los derechos de los emigrantes ecológicos <i>Fernando López Ramón</i>	189
Desplazamiento forzado por desarrollo en Colombia. Violencia, conflicto y necesidades de intervención constitucional <i>Roberto Carlos Vidal López</i>	205
Comentarios al panel sobre desplazamiento por motivos ambientales <i>Andrés Celis</i>	219

Panel V Minería y áreas protegidas

Constitución, industrias extractivas y territorios <i>Rodrigo Uprimny Yepes y Nathalia Sandoval Rojas</i>	227
Reflexiones en torno a la gestión social de la minería como sistema, a la justicia socioecológica transnacional y al modelo minero neoextractivista. A propósito del caso de Colombia <i>Luis Jorge Garay Salamanca</i>	247

Sistema Nacional de Áreas Protegidas y el sector minero <i>Julia Miranda Londoño</i>	265
---	-----

Comentarios al panel de minería y áreas protegidas <i>Andrés Mauricio Briceño</i>	275
--	-----

Panel VI

Participación y consulta previa en materia ambiental

La ciudadanía ambiental <i>Mauricio González Cuervo</i>	287
--	-----

Multiculturalismo, consulta previa y Constitución ecológica <i>Gerardo Eto Cruz</i>	301
--	-----

Participación y consulta previa en materia ambiental <i>Gloria Amparo Rodríguez</i>	351
--	-----

Comentarios al panel sobre participación y consulta previa en materia ambiental <i>Germán Palacio Castañeda</i>	373
---	-----

Panel VII

Participación y litigio en temas ambientales

Violaciones de los derechos humanos y acceso a la justicia para las víctimas de Chevron en Ecuador <i>Pablo Fajardo</i>	383
---	-----

Aproximación teórica y práctica al litigio estratégico y a la participación ambiental en Colombia <i>Beatriz Londoño Toro</i>	393
---	-----

Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales <i>César Rodríguez Garavito</i>	407
--	-----

Nuevos sujetos de derecho, participación, litigio y justicia ambiental <i>Gregorio Mesa Cuadros</i>	423
--	-----

Panel VIII

Protección constitucional del ambiente: tareas pendientes

Protección constitucional del ambiente: tareas pendientes <i>Gloria Stella Ortiz</i>	441
---	-----

La Corte Constitucional colombiana y el constitucionalismo global. El futuro del diálogo entre el constitucionalismo del norte y del sur global <i>Daniel Bonilla Maldonado</i>	461
---	-----



Ganadores del concurso de ensayos para funcionarios de la Rama Judicial

Efectividad de las acciones populares para la protección del medio ambiente contra empresas extractivas <i>Patricia Feuillet Palomares</i>	471
El descalabro de la locomotora minero-energética en Colombia: un análisis jurídico-político de la situación de los páramos frente al modelo extractivista <i>Wilson Rafael de Jesús Sanmartín Mendoza</i>	485

Ganadores del concurso de ensayos para estudiantes de Derecho

Vulneración de los derechos constitucionales ambientales en el desplazamiento ambiental por factores asociados al cambio climático: corregimiento de Berlín, Samaná, Caldas <i>Jenny Paola García González</i>	499
El principio de precaución y el fracking en Colombia <i>Darío Fernando Andrade Sarasty</i>	513
Explotación de recursos naturales, desarrollo y equidad. El paisaje urbano <i>Nelson David Carvajal Alcaraz</i>	533

Presentación

El Encuentro Constitucional por la Tierra, realizado entre el 17 y el 19 de agosto de 2014 en la ciudad de Ibagué (Tolima) por convocatoria de la Presidencia de la Corte Constitucional de Colombia, reunió a destacados representantes de la academia jurídica nacional e internacional, a ilustres integrantes de cortes constitucionales latinoamericanas, a operadores jurídicos, instituciones, organizaciones sociales, estudiantes y ciudadanía en general, con el propósito de deliberar sobre los problemas fundamentales asociados a la protección constitucional y efectiva del medio ambiente.

La discusión giró en torno a unos ejes temáticos considerados aglutinantes de los desafíos más significativos que deben enfrentar la institucionalidad y las comunidades colombianas en la búsqueda de ese ideal plasmado en Río+20 en el año 2012: la armonía entre el hombre y la naturaleza en procura del justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, en el marco de nuestras particularidades. Con este propósito se examinaron temas como el cambio climático, las relaciones entre Constitución y biodiversidad, el derecho al agua, el desplazamiento por motivos ambientales, la minería y las áreas protegidas, el derecho de participación y la consulta previa, así como las tareas pendientes en materia de protección constitucional al ambiente.

Un punto de partida fundamental en las reflexiones que se desarrollaron en el encuentro fue la determinación de un enfoque desde el cual se deberían abordar en la actualidad la protección del medio ambiente y los elementos que lo integran. Este nuevo enfoque se planteó desde un punto de vista ético y desde una visión normativa.

Con respecto al punto de vista ético, una aproximación al tema ambiental debe darse a partir de una perspectiva no utilitaria que contribuya a proteger



tanto la diversidad biológica como la diversidad cultural de la nación. Los expertos ponen de presente que el enfoque técnico-económico que predomina en la política y en la legislación sobre biodiversidad, recursos genéticos y conocimiento tradicional profundiza la desconexión con la naturaleza, enfatiza la biodiversidad como materia explotable y rentable, y contribuye al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales. Un enfoque correcto, basado en la diversidad biocultural, debe conducir a que las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo irrompible entre cultura y naturaleza, amplíen la participación de las comunidades indígenas, negras y locales en la definición de políticas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento (Nemogá). Dentro de esta visión más amplia, no utilitaria, la noción de naturaleza se aproxima a la de una “invención cultural”, coherente y compartida por un grupo social (Baptista).

Desde un punto de vista normativo, el prisma con el que se deben abordar los problemas relacionados con el medio ambiente es el reconocimiento de que la constitucionalización de la protección al ambiente es hoy un fenómeno universal, y que el derecho al disfrute de un ambiente sano es un “derecho humano intangible ligado a los más intangibles de los derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud”. De este doble reconocimiento se derivan consecuencias relevantes. En primer lugar, de la constitucionalización de la protección al ambiente surgen beneficios como el de una mayor fuerza y legitimidad de las leyes ambientales; en segundo lugar, una mayor efectividad del desarrollo sustentable, en tanto la jerarquía de la protección reduce la posibilidad de imponer un ambiente degradado en razón de una ley o de medidas administrativas regresivas; y en tercer lugar, constituye la expresión de una ética colectiva de preservación de un patrimonio común para la sobrevivencia de la humanidad que se debe proyectar de manera concreta en la reducción de la contaminación y el aumento la biodiversidad (M. Prieur).

Las discusiones y reflexiones desarrolladas a lo largo del Encuentro pusieron en evidencia los formidables desafíos que deberán enfrentar la institucionalidad, la academia, el sector productivo y las organizaciones sociales colombianas para avanzar en la protección efectiva del ambiente y de otros derechos humanos ligados a él, conciliando dicha pretensión con el deber de impulsar el desarrollo económico en procura del bienestar general. Estos desafíos, según lo mostraron los expertos, son de carácter global y de naturaleza local, sin que pueda establecerse una tajante separación entre unos y otros; por el contrario, se encuentran profundamente interconectados.

En el ámbito global, a pesar de la profusa regulación existente en materia medioambiental, se identifica la necesidad de impulsar la consagración y promoción del principio de no regresión ambiental. Así mismo, es preciso

fortalecer la relación entre cambio climático y derechos humanos mediante el diseño de políticas, planes y estrategias orientados a compatibilizar los objetivos globales que están implícitos en los derechos humanos con el carácter individual de los mismos (Priour).

De otra parte, el proceso de globalización lleva consigo la necesidad de avanzar hacia una justicia ambiental transnacional fuerte que contrarreste el agravamiento de inequidades y promueva el establecimiento de principios de justicia entre países y grupos sociales. Este fortalecimiento de la justicia ambiental global estaría cimentado en los principios de equidad, precaución y antidiscriminación social (Garay). El mejoramiento del acceso a la justicia para la efectividad de los derechos humanos afectados por fenómenos ambientales globales como las repercusiones del cambio climático debe incorporar, además, mecanismos que tomen en cuenta los efectos extraterritoriales de las actividades públicas y privadas que tienen impacto sobre el cambio climático (Priour) y que promuevan una nueva solidaridad entre el Norte, como víctima de su propio sobre desarrollo, y el Sur, como víctima de su endeudamiento (Sadeler).

Algunos de los expertos coincidieron en que la complejidad que caracteriza al tema ambiental impone el reto global de aceptar que los problemas ligados a él no se resuelven únicamente con herramientas normativas; es preciso incorporar el conocimiento científico, el conocimiento de otras ciencias, de otras fuentes, en el manejo de la problemática ambiental y en la búsqueda de soluciones integrales (Baptista y Carrizosa).

Estos retos globales se proyectan, quizás con un mayor grado de complejidad, en el ámbito local dada la inmensa riqueza natural con la que cuenta este país y que estamos obligados a respetar y a preservar, pero que infortunadamente se encuentra asediada por los efectos de una política económica fundada de manera muy significativa en la explotación de los recursos naturales. Esos retos locales se identifican sobre todo en el ámbito de la producción normativa y de conocimiento ambiental, en el uso estratégico del derecho internacional (Bonilla), en el plano ecológico y cultural, en el escenario democrático (Uprimny) y en el ámbito judicial, particularmente en el quehacer de la Corte Constitucional.

En lo que tiene que ver con el desafío relacionado con la regulación, se destacó la necesidad de trabajar en modelos normativos fundados en la noción de obligaciones extraterritoriales de los Estados en conexión con los derechos humanos, y en la búsqueda de formas de regulación transnacional capaces de enfrentar la amenaza ambiental y los conflictos derivados de actividades extractivas expansivas (Uprimny). Por su parte, la producción de conocimiento jurídico ambiental deberá apalancarse en una conciencia ambiental propia que parta de categorías conceptuales surgidas inductivamente de nuestra propia, compleja y diversa realidad (Bonilla).



Aspectos de particular importancia en la regulación local son la profundización en el desarrollo constitucional del ordenamiento territorial en Colombia, el fortalecimiento de la estructura institucional para los territorios y la creación de instituciones que materialicen el principio constitucional de “coordinación” entre los distintos entes territoriales (Uprimny). Otro reto significativo es el uso estratégico del derecho ambiental internacional y regional que promueva una dinámica interpretativa por parte de los jueces, tendiente a la aplicación progresista y ambiciosa de estas normas y que se proyecte en la protección de los ciudadanos más débiles de nuestro país (Priour y Bonilla).

En los planos ecológico y cultural, los desafíos están relacionados, en primer lugar, con la necesidad de crear una conciencia nacional auténtica sobre la naturaleza estratégica del medio ambiente y su importancia prioritaria para la vida a mediano y largo plazo en el país (Ortiz). Se ha enfatizado en la urgencia de profundizar en lo que alguno de los expertos denominó una “seguridad organizativa” que posibilite a las comunidades organizarse para actuar y participar de manera eficiente en las decisiones que las afectan, lo cual se encuentra relacionado con una “seguridad emocional, afectiva y cultural” que permite a los individuos desarrollar un sentido de identidad que emana del sentimiento de que el territorio, para cada uno de ellos, sí tiene sentido (Wilches).

En el plano democrático, el desafío tiene que ver con el tránsito de una visión formal de participación hacia un concepto sustancial de esta conforme al cual quien debe decidir no es quien bajo una distribución convencional de funciones tiene la competencia formal. Los directamente afectados deben tener una genuina participación, que implica voz y voto, ya sea por proyectos de desarrollo económico o por proyectos extractivos que impactan sus vidas. En este propósito, las consultas populares cobran una importancia y un sentido relevantes, pues a través de ellas los ciudadanos opinan acerca de los impactos que tendría un proyecto sobre el agua, el suelo y el medio ambiente (Rodríguez).

De otra parte, la participación no solamente es un derecho de los individuos que debe ser garantizado de manera sustancial, sino una expresión de la corresponsabilidad que concierne a las comunidades en la defensa de los derechos ambientales, lo que implica la obtención de información de calidad sobre los aspectos que las afectan, así como utilizar los mecanismos de participación ambiental acudiendo a las instancias administrativas y judiciales, de ser necesario (Londoño).

Desde el punto de vista democrático se planteó un reto de fondo, estructural y sustancial, consistente en hacer un llamado a la sociedad colombiana a debatir públicamente si realmente quiere y está dispuesta a adoptar un modelo de desarrollo articulado en torno a las industrias extractivas, y si está consciente de los riesgos y los costos que esta opción implica (Uprimny). Mientras tanto, es

preciso fortalecer las instituciones democráticas que desarrollan competencias relacionadas con la regulación y control de las actividades con potencialidad de afectar el medio ambiente.

En medio de todos estos desafíos locales, el papel de los jueces en general y del Tribunal Constitucional en particular cobra especial relevancia toda vez que está llamado a interpretar de manera progresista y ambiciosa el derecho internacional y constitucional ambiental (Prieur), aplicando los mecanismos de prevalencia de los principios y valores de la Constitución que iluminan procesos de ponderación de derechos, como ventanas para hacer prevalecer los derechos fundamentales (Vidal). Pero más allá de lo indicado, la Corte Constitucional ha generado expectativas sobre su capacidad para hacer diagnósticos sobre diversas problemáticas ligadas al tema ambiental, a la luz de los estándares de los derechos humanos, para mostrar la relevancia y la gravedad de la situación e indicar o señalar posibles rutas de acción para enfrentarlas (Guerrero).

El reconocimiento del carácter estratégico del derecho ambiental y el llamado proveniente de la academia en torno a promover desde las universidades una nueva comprensión del derecho ambiental acorde con el carácter dinámico, integral, globalizante, sistémico y complejo de esta disciplina jurídica (Mesa) confluyen en la iniciativa de la Presidencia de la Corte Constitucional de convocar un concurso de ensayos dirigido a estudiantes de último año de Derecho y a funcionarios de la Rama Judicial en el marco del Encuentro Constitucional por la Tierra. Se recibieron trabajos de muy buena factura investigativa y de notable nivel académico, muy representativos todos de la compleja y diversa problemática ambiental que presenta el país.

Los ensayos premiados y que forman parte de esta publicación son: Vulneración de los derechos constitucionales ambientales en el desplazamiento ambiental por factores asociados al cambio climático: corregimiento de Berlín, Samaná, Caldas, escrito por Jenny Paola García González, estudiante de la Universidad de Caldas, quien ocupó el primer lugar del concurso. El segundo puesto fue para Darío Fernando Andrade Sarasty de la Universidad Libre de Cali con su texto El principio de precaución y el fracking en Colombia. El tercer lugar fue ocupado por Nelson David Carvajal Alcaraz de la Universidad de Antioquia con Explotación de recursos naturales, desarrollo y equidad. El paisaje urbano.

En relación con el concurso de funcionarios y empleados de la Rama Judicial, el primer lugar se le otorgó a Efectividad de las acciones populares para la protección del medio ambiente contra empresas extractivas, de Patricia Feuillet Palomares, Juez Segunda Administrativa de Arauca. Por su parte, el segundo lugar fue ocupado por el escribiente nominado del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Soledad, Wilson Rafael de Jesús Sanmartín Mendoza con El descalabro de la locomotora minero-energética en Colombia. Un análisis jurídico-político de la situación de los páramos frente al modelo extractivista.



Así, la Corte Constitucional, además de abrir este espacio académico para propiciar una reflexión colectiva ilustrada por las exposiciones de los juristas, académicos y ambientalistas más connotados en los ámbitos nacional e internacional, quiere promover y auspiciar el interés de las nuevas generaciones de juristas y de los operadores jurídicos por el desarrollo del conocimiento y la investigación respecto de la problemática medioambiental, tan necesarios en un país como Colombia.

Luis Ernesto Vargas Silva
Presidente de la Corte Constitucional

Corte Constitucional

X Encuentro de la Jurisdicción Constitucional

Encuentro Constitucional por la Tierra

Señor Presidente de la República, Dr. Juan Manuel Santos; señor Representante del Consejo Mayor de Autoridades Tradicionales, Mamo Arwa Viku; señor Gobernador del Departamento del Tolima, Dr. Luis Carlos Delgado; señor Alcalde de Ibagué, Dr. Luis H. Rodríguez; señores académicos, expertos internacionales y nacionales que generosamente atendieron nuestro llamado; señores Magistrados internacionales y nacionales; señores Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Contralor General de la República, Defensor de Pueblo; juristas, estudiantes, ciudadanos y ciudadanas:

Reciban todos y todas mi amistoso saludo de bienvenida a estas jornadas académicas que pretenden renovar y fortalecer, a partir del conocimiento compartido y de una deliberación franca y honesta en torno a los problemas fundamentales ligados al ambiente, el compromiso individual, colectivo e institucional frente al presente y el futuro de este hogar común que es el planeta Tierra y sus ecosistemas.

La decisión de dedicar este X Encuentro de la Jurisdicción Constitucional a las problemáticas más apremiantes ligadas al ambiente estuvo precedida de la convicción acerca de la importancia y la complejidad de la materia. Se trata, en efecto, de un tema que se ubica en múltiples escenarios: el *filosófico*, porque nos cuestiona sobre el lugar del hombre en el universo; el *político*, porque demanda un quehacer orientado al bien común; el *ético*, porque reclama criterios de equidad intergeneracional y de solidaridad; el *económico*, por la tensión latente entre desarrollo y medio ambiente; el *cultural y social*, porque está íntimamente relacionado con concepciones y valores ancestrales y con estilos de vida; y el *jurídico*, porque exige un progresivo reconocimiento y protección que debe migrar hacia mayores estándares de *justicia ambiental*.

En Colombia, a través de la consagración constitucional del derecho a un ambiente sano, la adhesión a numerosas convenciones internacionales, la



interpretación constitucional de estos preceptos superiores por parte del tribunal constitucional, la regulación legal, se ha avanzado en el reconocimiento normativo y en la construcción dogmática del derecho a un ambiente sano. Sin embargo, queda aún mucho camino por recorrer para superar la vieja discusión alentada por Guastini acerca de si el derecho al medio ambiente es “un derecho de papel”, sin ninguna eficacia en la práctica¹.

Los desafíos que plantea, en nuestra realidad nacional, una pretensión de eficacia del derecho al medio ambiente son múltiples, pero quiero destacar dos. En primer lugar, la necesidad de *armonización* que se deriva del hecho de que en nuestro sistema de organización política, fundado en el modelo de Estado social y democrático de derecho, concurren dos bienes jurídicos, con jerarquía constitucional, que parecen hallarse en un permanente estado de tensión. Ellos son, de una parte, la preservación de un medio ambiente que le provea al ser humano no solamente condiciones de existencia, sino de bienestar; y de otra, el desarrollo económico, ligado así mismo, al bienestar del ser humano.

La protección de estos dos bienes jurídicos se ha pretendido conciliar, en el ámbito global y nacional, bajo el concepto de “desarrollo sostenible”. Este criterio de *armonización* cobra particular importancia en Colombia, en donde actividades como la minería y otras orientadas a la explotación de recursos naturales han cobrado enorme relevancia para la economía estatal, bajo la consideración del aporte que representa al producto interno bruto, a las finanzas públicas, a las arcas territoriales y a la generación de empleo. Sin embargo, el criterio de armonización, que es el que permite que estos bienes jurídicos coexistan en el marco del Estado social de derecho, exige que el desarrollo de actividades de esta naturaleza para que sea *sostenible* debe también ser *integral* e involucrar, además de los aspectos económicos y sociales, una especial consideración por supremos intereses constitucionales como la preservación de la biodiversidad, la salvaguarda de las fuentes hídricas y el derecho a un medio ambiente sano.

Los mandatos de la Constitución exigen, de una parte, que la planificación en el manejo de los recursos naturales esté orientada a garantizar un desarrollo sostenible (artículo 334) y, de otra, la subordinación de estas actividades a la primacía de los derechos fundamentales.

El segundo desafío a que quiero hacer referencia es el relacionado con la necesidad de fortalecer y desarrollar la *justicia ambiental*. Este constituye, además, un llamado a los magistrados, jueces, juristas y estudiantes de Derecho que congrega este encuentro, para trabajar conjuntamente en esta dirección.

1 Ricardo Guastini. Distinguiendo. *Estudio de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1999, p. 186.

La *justicia ambiental* se orienta a evitar la distribución desproporcionada de las cargas en materia ambiental; va de la mano con el bien común y la búsqueda de metas e intereses colectivos, y debe ser abordada desde una perspectiva interdisciplinaria e interétnica. Desde el punto de vista indígena, conforme a la ley de origen, que es una ley de vida (Mamo Arwa Viku), quien rompe el equilibrio de la naturaleza debe restablecerlo. Ustedes aplican pagamentos para ello. Nosotros, de acuerdo con orientaciones internacionales como la Declaración sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental², requerimos de leyes ambientales justas, claras y aplicables; debemos estimular la participación de la población en la adopción de decisiones y acceso a la justicia y la información; precisamos de mecanismos de rendición de cuentas y auditoría ambiental; se nos impone implementar mecanismos de resolución de conflictos accesibles, justos e imparciales; y, de manera muy especial, reconocer la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

La *armonización* del derecho al ambiente sano con el interés constitucionalmente protegido del desarrollo sostenible, de modo que articule y materialice estos bienes jurídicos en el marco del Estado social de derecho, unida al fortalecimiento y desarrollo de los principios que orientan un modelo de *justicia ambiental*, permitirá avanzar en el desafío que implica superar una concepción simplemente semántica del texto constitucional y de los instrumentos internacionales en materia medioambiental, para alcanzar un mayor estándar de efectividad en la protección de los ecosistemas, de la biodiversidad, de los recursos naturales y, en general, de todas las manifestaciones de la vida.

Adicionalmente a esas estrategias, vinculadas a las políticas públicas y al acceso a la justicia en materia ambiental, las cuales nos comprometen como juristas, académicos o ciudadanos, podemos hallar inspiración en experiencias de vida como la de la inmensa Wangari Maathai, “la madre de los árboles”, aquella formidable mujer keniana quien con su visión global que abarcaba el desarrollo sostenible entendió que “Para que realmente la educación sirva de algo, no debe alejar a la gente de la tierra, sino enseñarle a respetarla, puesto que la gente con educación está en disposición de entender lo mucho que hay en juego”.

En momentos en que nos mueve la esperanza de transitar el camino de la paz, resulta alentador recordar desde este Encuentro Constitucional por la Tierra las palabras del Comité Nobel de Noruega, quien al sustentar el otorgamiento del Premio Nobel de la Paz a Wangari Maathai, en el año 2004, proclamó que “La paz en la Tierra depende de nuestra capacidad a la hora de conservar nuestro entorno vivo”. Ella misma, Maathai, había dicho que “Quien destruye la naturaleza arruina el futuro de los hombres, y en consecuencia genera

2 Conferencia Río+20. Río de Janeiro, del 17 al 21 de junio de 2012, para el Congreso Mundial sobre Justicia, Gobernanza y Derecho para la Sostenibilidad Ambiental.



conflictos, tensiones y guerras”. No en vano “el acto de plantar un árbol es un símbolo de paz”.

Tengo la convicción de que quienes aceptaron esta convocatoria comparten la idea de que *la Tierra está en urgencia*, que el futuro del planeta es un asunto que nos concierne a todos, y que debemos hacer cuanto esté en nuestras manos para protegerlo. En este departamento del Tolima, que hoy nos acoge con tanta calidez, existe evidencia palpable de esta urgencia: el nevado del Tolima ha perdido el 80% del glacial, es decir, se presagia su desaparición a corto plazo, y el río Combeima ha mermado el 60% de su caudal, pasó de un flujo de más de 10.600 litros por segundo en 1968 a 5.200 en 1995, y a unos 2.600 en la actualidad. ¿Será posible acaso que, como lo presagiaba nuestro entrañable Álvaro Mutis, estemos asistiendo a la desaparición de “toda la ardua armonía del mundo”, conminados entonces a “descifrarla en el rumor del agua que se evade sin remedio y para siempre”?

Espero que estas jornadas académicas fortalezcan en nosotros un *pensamiento global* que promueva la *acción local* basada en actitudes, estrategias y políticas inspiradas en la solidaridad y la responsabilidad.

En nombre de la Corte Constitucional reitero a todos y cada uno de los asistentes mi cálida bienvenida a este Encuentro Constitucional por la Tierra.

Luis Ernesto Vargas Silva
Presidente de la Corte Constitucional
Ibagué, agosto de 2014

El derecho al ambiente sano y el derecho constitucional: desafíos globales*

Michel Prieur**

El día de la aprobación por el Consejo de Ministros de la reforma constitucional ambiental francesa, el 26 de junio de 2003, el periódico *Le Monde*, utilizando una primera plana, lo que es excepcional, escribió como gran título: “El derecho de cada uno al medio ambiente entra en la Constitución”. En el medio de esta página histórica aparece un dibujo del famoso artista Plantu que, en pocas palabras, ilustra bien el gran desafío resultado de la constitucionalización del medio ambiente. Se ven ilustraciones de numerosas catástrofes ambientales: contaminación del mar por petroleros; contaminación del aire por industrias, centrales nucleares, trajes de protección contra la radioactividad. También se ve al presidente de la república Jacques Chirac, el iniciador de la reforma constitucional, diciendo: “Liquidaciones, todo debe desaparecer”; y dos franceses ordinarios que pasan cerca responden: “¡Esto huele a estafa!”. Es la ilustración de la realidad política y jurídica.

La constitucionalización del medio ambiente como nuevo derecho humano podría ser considerada, por los que no conocen bien el funcionamiento del Estado y de la justicia, como un verdadero milagro: el derecho al ambiente sano en la Constitución sería una garantía de supresión definitiva de toda contaminación. Pero sabemos todos que no es la verdad. Lamentablemente no hay milagros que resulten del contenido de una constitución en ningún país. Pero tampoco es una estafa. Es un progreso por un mejor ambiente que necesita seguramente instrumentos jurídicos de control y de implementación adecuados.

* Agradezco a María Valeria Berros, profesora de Derecho en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina, por la corrección en español del presente informe.

** Profesor emérito de la Universidad de Limoges (Francia), fundador y director de la *Revue juridique de l'environnement* desde 1974, presidente del Centro Internacional de Derecho Comparado Ambiental. Es doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Zaragoza (España), de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe (Argentina), de la Universidad de Sherbrooke (Canadá) y de la Universidad Ecológica de Bucarest (Rumanía). Es también Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la IUCN.



La constitucionalización ambiental es ahora un fenómeno universal. Según la Declaración de Estocolmo de 1972: “El hombre tiene el derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuada en un medio de calidad”. Los primeros Estados que introdujeron en su Constitución el derecho ambiental fueron Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978) con ocasión de la democratización después de la dictadura. Los últimos ejemplos de constitucionalización ambiental son Marruecos, Bangladés y Jamaica en 2011 e Islandia y Túnez en 2014¹. En la actualidad, el medio ambiente se encuentra incluido en 177 constituciones (sobre un total de 193 Estados), y el reconocimiento formal del derecho individual a un ambiente sano aparece en 98 constituciones².

Pero la universalidad encuentra una gran diversidad de contenido. Al nivel formal se pueden encontrar tres modalidades. En primer lugar, la introducción en la Constitución de una parte especial, como sucede en Francia con la Carta del Medio Ambiente, compuesta por 10 artículos. En segundo lugar, la introducción del medio ambiente dentro de casi todos los capítulos, como sucede en Colombia, con veinte artículos dedicados al ambiente. En tercer lugar, se observa un sistema mixto como en el caso de Brasil, con un artículo principal (artículo 225) y 18 artículos dispersos.

Al nivel material existe un gran número de formulaciones que tratan problemas diferentes: consagración de una simple obligación del Estado de proteger el ambiente (la situación más corriente) con o sin la consagración del derecho del hombre al ambiente sano o adecuado para su calidad de vida. Lamentablemente no se formula una definición jurídica del “ambiente”; hay solo, en algunos casos, una mención expresa de algunos de los componentes del ambiente tales como la diversidad biológica, los animales, el aire, el agua, el paisaje, los desechos o el patrimonio cultural. Se puede mencionar que existe no solamente un derecho al ambiente, sino también deberes de protegerlo con referencia al daño ecológico. La mención del desarrollo sostenible y de las generaciones futuras aparece sobre todo después de la Conferencia de Río de 1992. Finalmente, algunas constituciones enuncian algunos de los principios generales del derecho ambiental como la prevención y el estudio de impacto ambiental, la precaución, la información y la participación en las decisiones ambientales, el principio contaminador pagador.

Como ilustración podemos mencionar la Carta Francesa del Ambiente promulgada el 1° de marzo de 2005. Ahora los derechos humanos en la Constitución tienen tres fuentes: los derechos civiles y políticos en la declaración de la Revolución francesa de 1789, los derechos económicos y sociales en el preámbulo de la Constitución de 1946 en vigor y el derecho al ambiente en la

1 Wahid Ferchichi, L'environnement dans la nouvelle constitution tunisienne du 27 janvier 2014, *Revue juridique de l'environnement*, 2014/2, p. 215.

2 David Boyd, *The environmental rights revolution*, UBC Press, Canada, 2012.

carta constitucional de 2005. Esta carta expresa dos derechos y un deber: el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud, el derecho a la información y participación en las decisiones públicas que incidan en el medio ambiente y el deber de tomar parte en la preservación y en la mejora del ambiente. Se añaden cuatro principios normativos: prevención, reparación del daño ecológico, precaución, promoción del desarrollo sostenible; y tres principios declarativos: educación, investigación y política exterior ambiental. Dentro de los diez artículos de la carta, tres reenvían a condiciones definidas por una ley.

Carta del Medio Ambiente

Ley constitucional n° 2005-205 del 1 de marzo de 2005

(B.O. n° 51 del 2 de marzo de 2005, p. 3697)

El pueblo francés,
Considerando,

Que los recursos y los equilibrios naturales han condicionado la emergencia de la humanidad;

Que el futuro y la propia existencia de la humanidad no pueden disociarse de su medio natural;

Que el medio ambiente es el patrimonio común de los seres humanos;

Que el hombre ejerce una influencia creciente sobre las condiciones de la vida y sobre su propia evolución;

Que la diversidad biológica, el completo desarrollo de la persona y el progreso de las sociedades humanas son afectados por ciertos modos de consumo o de producción y por la explotación excesiva de los recursos naturales;

Que se debe buscar la preservación del medio ambiente con el mismo título que otros intereses fundamentales de la Nación;

Que a fin de asegurar un desarrollo sostenible, las medidas destinadas a responder a las necesidades actuales no deben comprometer ni la capacidad de las generaciones futuras ni la de otros pueblos para satisfacer a sus propias necesidades;

Proclama:

Artículo 1°. Cada uno tiene el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud.

Artículo 2°. Toda persona tiene el deber de tomar parte en la preservación y en la mejora del medio ambiente.

Artículo 3°. Toda persona debe, en las condiciones definidas por la ley, prevenir los atentados que su actividad pueda causar al medio ambiente o en su defecto limitar sus consecuencias.

Artículo 4°. Toda persona debe contribuir a la reparación de los daños que ocasione al medio ambiente, en las condiciones definidas por la ley.

Artículo 5°. Cuando la realización de un daño, aunque incierto según los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las autoridades públicas velarán, en aplicación del principio de precaución y en el marco de sus competencias atribuidas, por la puesta en marcha de los procedimientos de evaluación de los riesgos así como la adopción de medidas provisionales y proporcionadas a fin de prevenir la realización del daño.



Artículo 6°. Las políticas públicas deben promover un desarrollo sostenible. En ese sentido, deben conciliar la protección y la revalorización del medio ambiente, el desarrollo económico y el progreso social.

Artículo 7°. Toda persona tiene el derecho, en las condiciones y los límites definidos por la ley, de acceder a las informaciones relativas al medio ambiente que estén en poder de las autoridades públicas y de participar de la elaboración de las decisiones públicas que incidan en el medio ambiente.

Artículo 8°. La educación y la formación medioambiental deben contribuir al ejercicio de los derechos y deberes definidos por la presente Carta.

Artículo 9°. La investigación y la innovación deben contribuir a la preservación y a la revalorización del medio ambiente.

Artículo 10. La presente Carta inspira la acción europea e internacional de Francia.

Pero ¿cuáles son los beneficios de la constitucionalización ambiental? Después de más de cuarenta años de experiencia, los beneficios parecen numerosos, pero no bien conocidos por los políticos, los jueces y los ciudadanos. Las leyes y políticas ambientales son más fuertes con la legitimidad suprema de la Constitución. El resultado es una efectividad y aplicación del derecho ambiental más estricta. Se acompaña necesariamente de una información y participación de los ciudadanos más importante. Esto contribuye a la disminución de las desigualdades ambientales y a una mejora de la justicia ambiental en el sentido de la expresión americana *environmental justice*. Las consecuencias prácticas son una más importante protección ambiental con menos contaminación y más biodiversidad. Finalmente, el reconocimiento del ambiente como una prioridad de la colectividad de nivel constitucional y como un nuevo derecho humano otorga una fuerte fuente jurídica para impedir o limitar las regresiones ambientales.

Para afrontar los desafíos globales de la constitucionalización ambiental, en todos los países del mundo, se exigen dos condiciones previas. En primer lugar, se necesita un acceso a la justicia constitucional para todos. Esta exigencia legal permite la efectividad del control de la constitucionalidad de las leyes utilizando el recurso de inconstitucionalidad *a priori* o *a posteriori* con las acciones judiciales del amparo, del hábeas corpus, de la cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC en Francia), sin olvidar la posibilidad abierta de recursos de las ONG ambientales como representantes del interés común y/o difuso. La segunda condición depende del conocimiento de la problemática ambiental nacional e internacional por los jueces. Esto requiere de una fuerte sensibilización y formación de los jueces en medio ambiente, tanto en la ciencia de la ecología como en el conocimiento del derecho ambiental en su complejidad. Afortunadamente, a nivel internacional y regional con el apoyo del PNUMA y de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN, desde la Conferencia de Johannesburgo de 2002 existe un fórum mundial de jueces ambientales para el progreso del conocimiento en materia ambiental y para compartir a nivel mundial la jurisprudencia ambiental.

¿Cuáles son los desafíos globales tanto para los jueces como para los otros actores: la administración, las ONG ambientales y el sector privado agrícola, industrial y comercial?

- La referencia y utilización del derecho ambiental internacional y regional.
- La dinámica interpretativa por parte de los jueces tendiente a la aplicación progresista y ambiciosa.
- La conciliación de los derechos fundamentales y la prioridad del derecho a la vida.
- La consagración de la no regresión ambiental.

La preeminencia del derecho internacional y regional ambiental

Es indispensable tomar en cuenta los tratados internacionales con sus efectos directos en el derecho nacional. El derecho humano a un ambiente sano ya está reconocido en derecho internacional en la Carta Africana de los Derechos Humanos de 1981, el Protocolo de San Salvador de 1988 (art. 11), la Convención de Aarhus de 1998 (art. 1º) y, también, el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007. Ya existe una aplicación directa o indirecta de esos tratados en la jurisprudencia internacional de interpretación e implementación en la Corte Europea de los Derechos Humanos³, de la Corte Africana de Derechos Humanos y de la Comisión y de la Corte Americana de Derechos Humanos⁴. También el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó varios informes sobre el tema. A nivel nacional, un ejemplo significativo es la decisión de la Corte Constitucional de Colombia del 23 de enero de 2008 declarando la Ley Forestal N° 1021 de 2006 inexecutable en su totalidad porque es contraria a la Convención 169 de la OIT.

La dinámica interpretativa por los jueces

Los sectores más controversiales que necesitan de los jueces un esfuerzo progresista de interpretación constructiva son tres. En primer lugar, la

3 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, El Convenio Europeo de Derechos Humanos en la protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Coordinadores: Gómez Isa, Felipe y Pureza, José Manuel. 2004. Ed. Universidad Deusto; Fernández Egea, Rosa, "Jurisprudencia ambiental internacional", *Revista Catalana de Dret Ambiental* vol. iv N° 1-2013; Mariscal Aguilar, Carmen María, *La protección del medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la consideración del derecho al medioambiente adecuado como parte del interés general de una sociedad democrática*, Estudios, 2009; Miranda, Haideer, *La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos*, Panóptica, año 1, N° 8, maio-junho 2007; Requena López, Tomás, "El ruido y las nueces: La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Moreno Gómez versus España", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 4, julio-diciembre de 2005, editores: Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y el Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía.

4 Dellutri, Rodrigo, El derecho humano al medio ambiente: El caso de los pueblos autóctonos, *American University International Law Review* volume 24-2008; Salmón, Elizabeth, "El derecho humano al agua y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 16, julio 2012, ISSN 1698-7950.



consideración de que el derecho al ambiente sano es un derecho subjetivo que conduce a imponer una obligación positiva no solo por los Estados, sino también por los particulares e industriales.

En segundo lugar, la relación del medio ambiente con el principio del desarrollo sustentable. ¿Cómo se realiza la integración del medio ambiente en las otras políticas? ¿Cómo se traduce el principio de conciliación entre el ambiente y la economía? ¿Cómo se aplica a todos los sectores de actividad la condicionalidad ambiental?

Y en tercer lugar, la aplicación del principio de precaución en situación de incertidumbre científica para prevenir daños irreversibles y las medidas temporarias de suspensión de actividad para permitir la investigación y el análisis de los riesgos a corto plazo y por las generaciones futuras.

La conciliación de los derechos fundamentales

Todos los derechos fundamentales son iguales en teoría. En la realidad hay siempre que dar prioridad a un derecho sobre otro. Pero el derecho al ambiente es particular porque es transversal, en el sentido que el medio ambiente sano es una condición de los otros derechos fundamentales. El derecho ambiental es la traducción del conjunto de los derechos tradicionales.

La conciliación debe permitir dar prioridad a uno de los derechos fundamentales que es esencial y tiene una supremacía: el derecho a la vida. El derecho al ambiente sano es una expresión esencial del derecho a la vida porque los dos son similares en sus finalidades.

La conciliación debe también contribuir a la armonía entre el hombre y la naturaleza. El reconocimiento en América del Sur del papel de la madre Tierra y en Ecuador a nivel constitucional y en Bolivia a nivel legal de los derechos de la naturaleza ha contribuido a una evolución mental universal sobre el tema.

El documento El Futuro que Queremos, de la Conferencia de Río+20 en junio 2012, dice en su parágrafo 39:

Reconocemos que el planeta tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza.

Los jueces tienen la responsabilidad jurídica y también moral de dar, cuando se necesita, una prioridad a la protección ambiental en nombre de la ética ambiental colectiva.

La consagración del principio de no regresión ambiental

El desafío más reciente para impedir las tendencias a reducir o suprimir los avances jurídicos ambientales y conducir a un retroceso dramático de la protección ambiental es la promoción y la consagración del principio de no regresión ambiental⁵.

Jurídicamente, la no regresión en derecho internacional no es una utopía. Ya existe, por ejemplo, en el derecho del mar. Según el artículo 311-6 de la Convención de Montego Bay de 1982, “Los Estados partes convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio”.

Como el medio ambiente es ahora reconocido como un derecho humano, la no regresión ambiental está reforzada a través los derechos humanos. El Pacto de 1966 de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice en el artículo 2-1 que el objetivo es “asegurar progresivamente el pleno ejercicio de los derechos”. Este concepto de *progresividad* en materia de derechos humanos impide todo retroceso, lo que que sería una violación de la progresividad. En las observaciones generales del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas N° 3 y 13 reconocen que “El pacto no autoriza ninguna medida regresiva”.

También en la Carta Social Europea del Consejo de Europa de Estrasburgo el artículo G1 impide restricciones o limitaciones de los derechos sociales, incluyendo el medio ambiente. En el Convenio Americano de los Derechos Humanos, el artículo 26 impone a los Estados del continente americano “asegurar progresivamente el pleno goce de los derechos”.

Si la no regresión se aplica a los derechos humanos tradicionales, sería también lo mismo para el derecho al ambiente sano. Como el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de 1988 reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano, una resolución de la asamblea general de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 2005 relativa a las normas para la confección de los informes periódicos dice que hay que considerar especialmente la progresividad

5 M. Prieur, G. Sozzo, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant ed. 2012; Mario Peña Chacón, “Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 3, febrero 2012, Argentina; Mario Peña Chacón, coordinador, *El principio de no regresión en el derecho comparado latinoamericano*, PNUD, 2013.



de los derechos, lo que significa que las medidas regresivas serían consideradas como un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido como el del medio ambiente.

La no regresión ambiental ya está prohibida por algunos acuerdos del derecho de libre comercio. La primera vez fue en el acuerdo ambiental Alena-Anacde de 1993 entre Estados Unidos, México y Canadá, en el cual se prohibió reducir el nivel de protección ambiental en nombre del libre comercio. Según el acuerdo Estados Unidos-Colombia de 2006, no se puede disminuir el nivel de protección ambiental; también en el acuerdo Unión Europea-Colombia de 2012 no se pueden reducir las normas y es necesario mantener los niveles de protección existentes⁶.

En la Unión Europea la protección ambiental es una exigencia imperativa, según la Corte de Justicia de la Unión (20 de septiembre 1988). Los tratados de la Unión Europea también han incluido formalmente la idea de “un nivel avanzado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”, el cual necesita el fortalecimiento de la protección (art.3-3 del tratado y 37 de la carta de los derechos fundamentales). Se considera que hay una intangibilidad de las conquistas comunitarias.

Desde hace poco, la no regresión aparece también a nivel del derecho local o regional. Por ejemplo, en Argentina la ordenanza municipal de Villa Mercedes en la provincia de San Luis del 3 de julio de 2012 sobre productos agroquímicos. También en México la Ley Ambiental del Estado de Veracruz del 20 de diciembre de 2012 en su artículo 6-VI decidió “promover el principio de no regresión del derecho ambiental”.

Pero son los tribunales quienes pueden interpretar las consecuencias de la progresividad en materia de derechos humanos a la luz de los objetivos del derecho ambiental. Existe una jurisprudencia importante en la materia desde 1994. Una de las primeras decisiones judiciales fue la de la Corte Constitucional de Hungría (N° 28 del 20 de mayo de 1994) prohibiendo la disminución de un área natural protegida en nombre del derecho al ambiente. En Bélgica, utilizando el concepto de obligación de *standstill*, el Consejo de Estado en 1999 y la Corte Constitucional en 2006 consideraron que la introducción del derecho al medio ambiente en la Constitución tiene como consecuencia jurídica la prohibición de un retroceso ambiental sensible. El Tribunal Constitucional Peruano, el 1° de abril de 2005, se refirió al principio de mejora ambiental. El Tribunal de Justicia en Brasil de Rio Grande do Sul anuló una modificación constitucional del Estado por regresión ecológica el 16 de diciembre de 2002. Según el Consejo de Estado Español, la modificación de zonas verdes no puede comportar

6 Mario Peña Chacón, Derecho internacional regulador del libre comercio y las inversiones como fundamento del principio de progresividad y prohibición de retroceso ambiental, 2014.

la disminución de las superficies (N° 3297 de 2002). El Tribunal Supremo Español en dos decisiones de 2012 (23 de febrero y 29 de marzo) considera que la supresión de zonas verdes se encuentra prohibida y que constituye una regresión en contradicción con la protección medioambiental en relación con el desarrollo urbano sostenible⁷. Según la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la progresividad implica que el esfuerzo en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir (18702/2010). También en Costa Rica hay dos decisiones importantes considerando la no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales⁸. La Corte Suprema de Justicia de Panamá afirma que la anulación de un área protegida como humedal acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección ambiental, contraria al principio de no regresión ambiental (23 de diciembre 2013)⁹.

Miguel Patiño Posse en 2012 realizó una demostración magistral de la no regresión en el derecho ambiental colombiano en relación con los derechos fundamentales y el Estado social de derecho¹⁰. Colombia tiene una experiencia bastante grande en materia de prohibición de retroceso de los derechos económicos, sociales y culturales en relación con la progresividad en el pacto internacional de 1966¹¹.

Fuera de estas jurisprudencias nacionales, el principio de no regresión ambiental integra poco a poco la costumbre internacional con un reconocimiento político universal desde la conferencia de Río+20 en junio 2012 con El Futuro que Queremos (párrafo 20): “Es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso sobre el medio ambiente y el desarrollo”. Con motivos detallados, el Congreso Mundial de la Naturaleza de la UICN en Jeju el 15 de septiembre de 2012 aprobó una moción dedicada al tema llamada “Integrar el principio de no regresión en el derecho y las políticas ambientales”. El informe del experto independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente sano

7 Marta Franchi I Saguer, “Le principe de non régression dans la jurisprudence récente du tribunal suprême espagnol”, *Revue Juridique de l'environnement*, 2014/2, p. 219.

8 Sentencias constitucionales 2012-13367 y 2013-10158; véase Mario Peña Chacón, Desarrollo jurisprudencial del principio de no regresión del derecho ambiental en Costa Rica, en el dial.com, Biblioteca Jurídica on line, febrero 2014, www.eldial.com/suplementos/ambiental/ambiental/asp.

9 Para el caso de Argentina, ver en español los trabajos de María Valeria Berros y Luciana Sbresso. “Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina”, en M. Prieur y G. Sozzo, op. cit., 2012, p. 377; Berros, María Valeria, “Regresiones normativas en materia de agrotóxicos” en *Informe Ambiental Anual Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Buenos Aires. 2014. ISBN 978-987-29259-0-1; Principio de no regresión: su aplicación en Argentina, equipo de investigación Mincyt-Ecos Sud “La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y perspectivas”. *Informe Ambiental Anual Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Buenos Aires. 2013. ISBN 978-987-29259-0-1.

10 Véase en M. Prieur y G. Sozzo, op. Cit., 2012, p. 437.

11 Véase Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Christian Courtis, *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, 2006, p. 153.



del Consejo de Derechos Humanos de la ONU hace también referencia a la prohibición de leyes regresivas en materia ambiental¹².

Conclusiones

El derecho al ambiente sano es un derecho intangible ligado a los más intangibles de los derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud. Aplicar el derecho a un ambiente sano satisface la exigencia de la protección de las generaciones futuras porque eso permite no imponer un ambiente degradado en razón de una ley o de medidas administrativas regresivas.

La constitucionalización del ambiente es una condición para la efectividad del desarrollo sustentable.

Al nivel de los derechos humanos, el ambiente es también la expresión de una ética colectiva de preservación de un patrimonio común para la sobrevivencia de la humanidad, lo cual permite concretamente disminuir la contaminación y aumentar la biodiversidad.

12 John H. Knox, Asamblea General, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/25/53; 30 de diciembre 2013.



Panel I

Cambio Climático
y Constitución



Rol del juez constitucional

en la protección ambiental y de los efectos del cambio climático

*Martha Victoria Sáchica**

Introducción

Me ha correspondido el inmenso e inmerecido honor de iniciar la presentación de los paneles de deliberación programados para este magno Encuentro Constitucional por la Tierra, en buena hora convocado por la Corte Constitucional de Colombia, bajo la dirección de nuestro presidente, magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en una tierra tan hermosa y grata como el Tolima. El propósito de este encuentro es dedicar tres días a reflexionar, con la intervención de notables expertos, autoridades nacionales y regionales, magistrados, jueces, ilustres profesores, estudiantes, organizaciones sociales y ciudadanos interesados, en torno a cuestiones vitales, a problemáticas universales que tocan con la vida en nuestro planeta, con la supervivencia de la humanidad y de todas las especies vivas.

Estas materias se abordarán desde una perspectiva jurídica, en clave constitucional, desde la mirada de un Estado social comprometido con la vigencia de los derechos humanos y, en particular, con la preservación de nuestros recursos naturales y de nuestro entorno ambiental. Para tal propósito contamos, como punto de partida, con una Carta Constitucional inspirada, entre otros, en postulados de un contenido esencialmente ecológico, que proclama la protección del ambiente sano como un valor, un derecho de todos y una obligación a cargo del Estado y de todos los colombianos.

Este primer panel está dedicado al análisis de la problemática que se plantea al juez constitucional frente a la inevitable ocurrencia del fenómeno del cambio climático, para el cual contamos con la participación del profesor en Derecho Público de las universidades de Estrasburgo y Limoges, Michel Prieur, dedicado toda una vida al estudio de la problemática ambiental en todas sus dimensiones,

* Magistrada (e) de la Corte Constitucional.



impulsor del Derecho Ambiental en Europa, con contribuciones importantes en las más diversas materias de esta área del conocimiento y en la redacción de diversas regulaciones tanto en el ámbito nacional como supranacional, a quien acabamos de escuchar en la conferencia inaugural de este evento. Nos acompaña también, el profesor Gustavo Wilches-Chaux, abogado de la Universidad del Cauca y experto en Derecho Ambiental. Dirigió la Corporación Nasa Kiwe, creada por el Gobierno para acompañar a las comunidades afectadas por el terremoto de Tierradentro en el Cauca. Fue el primer director del Ecofondo, dirigió la Fundación para la Comunicación (Funcop) Cauca y es uno de los miembros fundadores de la Red de Estudios Sociales sobre Desastres en América Latina. También tenemos la fortuna de contar con la participación como comentarista del doctor Julio Carrizosa Umaña, ingeniero civil y profesor de la Universidad Nacional, magíster en Administración Pública de la Universidad de Harvard y en Economía de la Universidad de los Andes. Miembro de número de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Fue director general del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y gerente general del Inderena. Fue asesor del Banco Interamericano de Desarrollo, de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma), de la Organización de Estados Americanos (OEA), del Ministerio del Medio Ambiente y de Colciencias.

Cuando nos asomamos a la problemática ambiental pareciera que plantea cuestiones más propias de biólogos, meteorólogos, ingenieros, químicos, geólogos y científicos de otras disciplinas, más que de jueces o abogados. Sin embargo, al lado de las medidas que desde esas ciencias se ha propuesto para enfrentarlas, también han surgido temas en el ámbito del derecho internacional, en donde se ha trabajado por lograr el consenso y el compromiso de los Estados en la prevención, protección y mitigación de los daños –en algunos casos, irreversibles– causados por las alteraciones del entorno natural, del clima, del agua y demás recursos de los cuales depende la vida en la Tierra.

Todos hablamos con preocupación –ante la evidencia de los hechos– sobre lo que está pasando en muchos de los rincones de nuestro planeta azul: precipitaciones de lluvias diluvianas, inesperadas y devastadoras y al mismo tiempo, paradójicamente, se advierte la reducción angustiosa y el agotamiento de las fuentes de agua, veranos prolongados en las zonas selváticas –fábricas de nubes– y deshielo, con el aumento del nivel del mar, tormentas, tornados y huracanes donde antes no se presentaban, para solo enunciar algunos de los fenómenos climáticos que alertan la proximidad y en algunas casos la inevitable consecuencia de desastres ecológicos y la afectación de todas las formas de vida y, por ende, de la supervivencia de la humanidad. ¿Quién puede permanecer impávido frente a las imágenes de la tragedia ecológica ocurrida recientemente en Casanare? Las más diversas explicaciones se han dado sobre lo ocurrido, pero ningún responsable.

Conceptualmente, el cambio climático alude a una variación significativa y duradera en un período definido de tiempo, de los patrones locales o globales del clima, cuyas causas pueden ser naturales (por ejemplo, modificaciones en la energía solar, erupciones volcánicas, procesos biológicos) y, en esa medida, impredecible e inevitable; o por actividades humanas, lo que genera el denominado cambio climático antropogénico (causado, entre otros, por la alteración en el uso del suelo y las emisiones de CO₂). Suele confundirse, erradamente, con el calentamiento global, que es solo una de sus manifestaciones, referida a uno de los elementos meteorológicos, mientras que el cambio climático comprende todos los parámetros meteorológicos (temperatura, presión atmosférica, humedad, nubosidad, precipitaciones, viento, entre otros), y se produce en períodos de tiempo comparables y zonas geográficas específicas. La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático circunscribe el concepto al cambio climático “atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial”.

Los expertos en la materia coinciden en señalar que el cambio climático es la mayor amenaza medioambiental a la que se enfrenta nuestro planeta. Uno de sus efectos principales, visible y devastador, es el calentamiento global que origina el derretimiento de los glaciares y de otras masas de hielos permanentes en todo el planeta, situación que pone en riesgo las más importantes reservas de agua dulce del mundo y que ha comenzado a producir paulatinamente el aumento en el nivel del mar. Así mismo, el incremento de olas de calor, inundaciones y sequías, expansión de enfermedades (epidemias y pandemias), también el colapso de numerosos ecosistemas como los páramos, que cumplen una función vital para la regulación del ciclo del agua.

En algunos países se han adoptado medidas para el uso eficiente de la energía, con el objeto de reducir las emisiones de dióxido de carbono; en otros se adelantan proyectos para buscar nuevas fuentes de energía como el calor y del viento, se promueve el cambio en el diseño de aparatos domésticos, la mejora en la tecnología de motores de vehículos de transporte, etc. Con el correr del tiempo y resultados muy modestos, los Estados se han visto obligados a formular y ejecutar políticas públicas dirigidas ya no a la prevención, sino a la mitigación de sus efectos y a la adaptación al cambio climático en las dimensiones que asume en cada país. El desarrollo sostenible se convierte, con el correr del tiempo, en un imperativo, no solo en una opción.

Desde 1987, el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático fue conformado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (Pnuma) y la Organización Meteorológica Mundial, con el fin de estudiar y analizar toda la información de tipo científico, técnico y socioeconómico disponible en el campo del cambio climático. En 1990 el Panel publicó su primer reporte, en el cual llamaba a la comunidad internacional a tomar acciones inmediatas para evitar los efectos del calentamiento global, uno de los efectos meteorológicos



más visibles del cambio climático. Entre sus conclusiones se encontraba el que, de conformidad con los modelos climáticos globales aplicados, la temperatura promedio del planeta ya habría subido entre 1.3 y 2.3 grados centígrados desde que se iniciaron las primeras grandes emisiones de gases de efecto invernadero, al finalizar el siglo xix, en el hemisferio norte.

Si bien esta cifra ha sido controvertida con posterioridad, así como lo ha sido la existencia misma del fenómeno del calentamiento global y su relación con el “efecto invernadero”, la preocupación por el cambio climático global y el nivel de causalidad que pueda jugar la actividad del hombre en este fenómeno constituyen hechos contundentes que responden a una creciente conciencia sobre la responsabilidad global que asiste a la comunidad internacional frente a la preservación del medio ambiente.

En el ámbito internacional, esta conciencia comenzó a tomar forma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 y en el Informe Brundtland de 1987 de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (“Nuestro Futuro Común”). Entonces, como ahora, se hace énfasis en que resulta fundamental contar con un mínimo nivel de cooperación y responsabilidad compartida entre los miembros de la comunidad internacional para proteger los intereses comunes de supervivencia que vinculan no solo a todas las naciones, sino también a las distintas especies que habitan el planeta.

A partir del citado informe sobre cambio climático se inició la negociación de una convención marco sobre el tema, que fue adoptada en la Cumbre Medioambiental organizada por las Naciones Unidas en Río de Janeiro en 1992. Dicha convención marco ya fue ratificada por Colombia mediante la Ley 164 de 1994. Para septiembre de 2000, de acuerdo con datos oficiales de las Naciones Unidas, contaba con más de 187 Estados partes o signatarios.

En el campo de la negociación internacional, el Estado colombiano se ha destacado por asumir posiciones constructivas y ambiciosas que han facilitado el curso positivo de las negociaciones y la adopción de instrumentos internacionales que comprometan a otros Estados a asumir políticas y ejecutorias para enfrentar los efectos del cambio climático. Colombia ha sostenido una posición que garantice la mayor integridad ambiental posible. Con ese propósito, ha considerado que todos los Estados deben contribuir con la solución al cambio climático, en la medida de sus capacidades nacionales.

Además de una Constitución Política impregnada de principios, valores y postulados ecológicos, nuestro país hace parte de instrumentos y organismos internacionales, tales como:

- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)

- Protocolo de Kyoto
- Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono
- Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono
- Grupo Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC)
- Organización Meteorológica Mundial (OMM)
- Alianza Global de Investigación sobre Gases de Efecto Invernadero
- Euroclima
- Diálogo regional de América Latina sobre financiamiento climático

Aunque, según el Ideam, Colombia solo genera el 0.37% de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, se encuentra en documentos oficiales que para el Gobierno colombiano la mitigación del cambio climático, a través de una disminución de las emisiones de gases efecto invernadero, así como la adaptación a sus efectos, son asuntos de primer orden que deben ser atendidos de manera urgente. Hasta el año 2013, las principales herramientas de política pública sobre cambio climático en Colombia son:

- La Estrategia de Desarrollo Bajo en Carbono (mitigación)
- El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (adaptación)
- La Estrategia Nacional REDD (Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal Evitada)
- La Estrategia Nacional de Reducción del Riesgo Financiero del Estado ante la Ocurrencia de Desastres Naturales
- La Estrategia Nacional para la Educación Ambiental

En la actualidad, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático sigue siendo el instrumento jurídico y político más importante para enfrentar este fenómeno mundial. Concibe una estructura general encaminada a enfrentar y resolver la problemática que genera el cambio climático. Reconoce que el sistema climático es un recurso compartido cuya estabilidad puede verse afectada por actividades industriales y similares que emiten dióxido de carbono y otros gases que retienen el calor. Dicho tratado, firmado en la Cumbre Mundial en 1992 por 162 Gobiernos, tenía como propósito principal lograr estabilizar los gases invernadero en la atmósfera, lo que prevendría una peligrosa interferencia antrópica en el sistema climático. Su propósito era que todas las naciones que firmaran el tratado redujeran sus emisiones de gases invernadero hasta niveles de 1990, para el año 2000.

En esencia, los Estados Partes se comprometieron a:

- Recoger y compartir la información sobre las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), las políticas nacionales y las prácticas óptimas.



- Poner en marcha estrategias nacionales para abordar el problema de las emisiones de GEI y adaptarse a los efectos previstos, incluida la prestación de apoyo financiero y tecnológico a los países en desarrollo.
- Cooperar para prepararse y adaptarse al cambio climático.

Al revisar la Convención Marco (sentencia C-073/95), la Corte Constitucional encontró que la obligación de adoptar políticas nacionales o regionales refuerza el mandato constitucional que ordena al Estado colombiano planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (art. 80 C. Po.) para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

En la sentencia C-073 de 1995, la Corte advirtió que los recursos económicos destinados a la sustitución de prácticas y procedimientos con efectos negativos sobre el sistema climático, mediante la transferencia de tecnologías ambientalmente sanas, por lo general proceden de países desarrollados. Por su parte, los países en desarrollo que pueden verse favorecidos con estos ingresos gozan, en virtud de esta Convención, de representación equitativa y equilibrada dentro de un sistema de dirección transparente. A juicio del tribunal constitucional, este mecanismo en nada resulta lesivo de los intereses nacionales ni de las disposiciones constitucionales.

Cabe destacar que la convención deja a salvo la posibilidad de que los Estados Parte cataloguen como confidencial la información que suministren, de manera que la Secretaría la proteja en el proceso de compilación y transmisión. A los países en desarrollo se les resguarda la posibilidad de proponer voluntariamente proyectos para la financiación de la reducción de emisiones y del incremento de la absorción de gases de efecto invernadero. La Corte llamó la atención sobre la aparente inconveniencia que tendría para la economía del país de tener que dar a conocer a otros países el estado del parque industrial mediante la publicidad de los inventarios sobre emisiones antropogénicas. No obstante, en la práctica tal inconveniencia no existe, ya que la Convención faculta a los Estados Parte a mantener la confidencialidad de ciertas informaciones, así como a administrar la implementación progresiva de proyectos de transformación tecnológica con miras a controlar y reducir los efectos adversos del cambio climático.

Finalmente, la Convención prevé el establecimiento de mecanismos para la resolución de controversias que puedan surgir de la interpretación y aplicación de la Convención, lo que es una medida necesaria para la efectividad de los compromisos contraídos por los países parte, acorde con los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, entre ellos la resolución pacífica de las controversias.

Por su parte, el Protocolo de Kyoto constituye un avance significativo en el reconocimiento de una responsabilidad compartida de todos los países, teniendo en cuenta su situación particular, en la toma de medidas para

mitigar los efectos y adaptarse al cambio climático. Se reconocen diferencias entre los compromisos que deben asumir los países desarrollados y los países en vías de desarrollo. Fue el resultado de un arduo proceso de negociación entre 160 Estados, que finalizó en diciembre de 1997, y establece obligaciones cuantificadas de reducción de emisiones de “gases de efecto invernadero” para los países desarrollados.

En su conjunto, esos países desarrollados debieron reducir estas emisiones en un 5% durante el período comprendido entre los años 2008 a 2012. Este compromiso de reducción de emisiones es diferenciado, según las condiciones particulares de cada país, de modo que algunos países debieron reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, mientras otros tendrán margen para aumentarlas. Por ejemplo, Estados Unidos se comprometió a reducir tales emisiones en un 7%, la Unión Europea en un 8%, Japón en un 6%, mientras que Australia podía aumentar en ese período sus emisiones en un 8%. Las metas de reducción se calcularon sobre una denominada “canasta de gases” que varía sobre la línea de base de cada país en 1990, las cuales pueden ser alcanzadas individual o conjuntamente por los Estados Parte. El Protocolo permite que un país calcule sus obligaciones sobre la base de sus emisiones “netas”. Se trata de emisiones por las fuentes y la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero que se deban a actividades humanas de reforestación, deforestación, forestación y silvicultura. Así mismo, permite a cada Parte un tope máximo de emisiones que se calcula de manera particular para cada una de las Partes.

Desde un comienzo, de manera invariable y decidida, nuestro tribunal constitucional ha resaltado en múltiples fallos que la defensa del medio ambiente y de su integridad “constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado social de derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras”, a la vez que la preservación de la naturaleza “se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha llamado ‘constitución ecológica’, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”.

De manera específica, en la sentencia C-860/01 la Corte Constitucional calificó al Protocolo de Kyoto como un hito en la historia del derecho internacional ambiental, con avances significativos no contemplados anteriormente en el Protocolo de Montreal. Dicho Protocolo impone a las naciones industrializadas o en transición económica (los países incluidos en el anexo I del mismo Protocolo de Kyoto) la obligación de reducir el promedio de sus emisiones nacionales a lo largo del período 2008-2012 a niveles inferiores a los de 1990. Es más amplio que instrumentos anteriores en la medida en que incluye a los principales gases generadores del efecto invernadero y toma en cuenta las variaciones en las emisiones resultantes de cambios en los patrones de uso de bosques y suelos.



Igualmente, contiene los elementos básicos de un programa para el intercambio internacional de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero, en virtud del cual las naciones que no cumplan con las metas de reducción pueden adquirir los “créditos de emisión” de otras naciones que obtuvieron niveles inferiores a los propuestos inicialmente. Ello permitiría que Estados con altos niveles de emisión e igualmente altos niveles de capital puedan cumplir con las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo mismo. Bien implementado, dicho sistema constituiría un poderoso incentivo para reducir las emisiones, y al mismo tiempo dotaría al acuerdo de la flexibilidad suficiente para permitir la adopción de medidas efectivas desde el punto de vista económico.

Oficialmente, el Estado colombiano se comprometió en el marco de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto a:

- Apoyar el *principio de precaución*.
- Reafirmar el principio de responsabilidad común, pero diferenciada entre los países desarrollados y los países en desarrollo.
- Apoyar la diferenciación de compromisos entre países desarrollados.
- Promover el que las nuevas obligaciones de reducción de emisiones se calculen sobre emisiones netas y cubran a todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, sin concentrarse en las emisiones brutas de CO₂ de sectores particulares.
- Promover objetivos flexibles y de largo plazo de reducción de emisiones.

Un caso concreto de aplicación de estos compromisos internacionales lo encontramos en la sentencia C-1250/01, en la cual la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma que prohibió a partir del 1° de enero de 1996 la repotenciación, habilitación, transformación, adecuación o cualquier otra categoría similar que busque la extensión de la vida útil determinada por la ley para los equipos destinados al servicio público de transporte. Aunque el punto central que se cuestionaba era el del presunto exceso en el ejercicio de facultades legislativas extraordinarias, indudablemente la medida adoptada por el legislador resultaba acorde con la protección contra la emisión de gases con efecto invernadero por vehículos de transporte público obsoletos cuya vigencia se pretendía prorrogar con los efectos dañinos que hubiera significado mantener en uso vehículos de más de 20 años.

En este punto cabe destacar que si bien el mecanismo judicial previsto por la Constitución Política colombiana para proteger, entre otros, el derecho colectivo a un ambiente sano² es el de las denominadas acciones populares

2 Sentencia SU-067/93 (M. P.: Ciro Angarita Barón). Esta fue la primera sentencia de unificación de jurisprudencia en materia de tutela que se adoptó por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional, cuando lo ordinario es que los fallos de revisión de tutela se adopten por una de las nueve salas de revisión.

(art. 88 C. P.), desde un comienzo la Corte Constitucional admitió que por la vía de la conexidad con otros derechos fundamentales (vida, salud, derechos de los niños), la acción de tutela también constituya un instrumento idóneo para adoptar medidas dirigidas a proteger los recursos naturales y el ambiente sano contra acciones u omisiones de las autoridades y particulares.

Nuevos desafíos para la preservación de nuestros recursos naturales y el ambiente sano se plantean con el desarrollo de la actividad minera en nuestro país, sobre todo en zonas de especial protección como los parques naturales, los páramos y las selvas, la contaminación agresiva y letal de las aguas (por ejemplo, con la presencia de mercurio) y prácticas de explotación devastadoras como el fracking. Al respecto, cabe preguntar si las normas jurídicas y los mecanismos judiciales de protección existentes son suficientes.

Ahora bien, y ya para finalizar, llama la atención que, con el amplio y profuso desarrollo jurisprudencial en cuestiones ambientales, los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana en el punto específico del cambio climático sean escasos. Quizás se encuentra en el trasfondo de casi todos los fallos de tutela relacionados con la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y no renovables. Quizás es un fenómeno ante el cual en muchas ocasiones los jueces se sienten impotentes, pero frente al cual no podemos limitarnos a resignarnos o a ser indiferentes. Sin duda, esta es una de las tareas pendientes en la protección constitucional del ambiente, temática que se abordará en el último panel de este maravilloso Encuentro Constitucional por la Tierra.

Muchas gracias.

Aguaceros y goteras.

Derechos de las personas y comunidades afectadas o susceptibles de ser afectadas por desastres*

*Gustavo Wilches-Chaux***

Quiero comenzar por esto: aguaceros y goteras. Y si ustedes vivieron la tempestad de esta mañana, maravillosa entre otras cosas, van a saber a qué me refiero. Ese aguacero de esta mañana es una bendición para este territorio que viene siendo afectado por una temporada seca larga, entonces es un maravilloso suceso y toda agua es bendita. Pero el problema es que uno también se puede ahogar en agua bendita. El fenómeno natural no tiene en sí la condición de amenaza, ni el terremoto ni el aguacero ni el huracán ni ese conjunto de fenómenos que englobamos bajo la etiqueta de “cambio climático” y que realmente es la reacción a que hemos obligado a ese ser vivo, a ese organismo vivo que es la Tierra, en su afán de adaptarse y de transformarse en respuesta a los cambios que los seres humanos hemos introducido en el planeta por cuenta de eso que llamamos el desarrollo.

Sin embargo, este gran aguacero o el pequeño aguacero común de todos los días adquieren la condición de amenaza cuando el techo tiene goteras. O sea, no se necesita que haya un enorme aguacero, sino que ese aguacero común y corriente puede convertirse en una amenaza dependiendo de las características del techo. Así, hay tres tipos de amenazas: las naturales, que son aquellas que surgen de fenómenos que son propios de la dinámica de la Tierra; las socionaturales, que son aquellas que se expresan a través de fenómenos naturales, pero que de una u otra manera son impulsados por la actividad

* Transcripción literal de la conferencia realizada en el marco del Encuentro Constitucional por la Tierra, Ibagué, 17-19 de septiembre de 2014.

** Estudió Derecho y Ciencias Políticas y Sociales en la Universidad del Cauca, en donde se graduó en 1977 con una tesis laureada sobre Derecho Ambiental. Fue director regional del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) en el Cauca, fue el primer director de Ecofondo, dirigió la Fundación para la Comunicación (Funcop) Cauca en Popayán y es uno de los miembros fundadores de La Red (Red de Estudios Sociales sobre Desastres en América Latina). Actualmente trabaja como consultor independiente, profesor universitario y escritor.



humana (ahí entraría entonces el cambio climático); y las antrópicas, que son las claramente generadas por los seres humanos.

El otro concepto entonces es “vulnerabilidad”, que es la incapacidad de un territorio para convivir sin traumatismos con los efectos de la materialización de una amenaza. Pero entonces es la vulnerabilidad la que le otorga el carácter de amenaza al fenómeno natural. “Riesgo” es lo que pasaría, por ejemplo, si siendo esta mi casa llega un aguacero y todo lo que tengo adentro se me puede dañar. Y “desastre” es cuando el riesgo no ha podido evitarse y efectivamente eso que podría ocurrir se convierte en un “ocurrió”.

Los desastres no son “naturales”

Yo tengo algunas diferencias con respecto a intervenciones anteriores en este mismo auditorio. Por ejemplo, frente a un concepto que he oído mucho y que se usa todos los días y es el concepto de “desastre natural”. Realmente, lo natural es el fenómeno que se convierte en amenaza, pero el desastre es una construcción humana. Por otro lado, eso que se llama “gestión del riesgo” es básicamente intentar acercar a cero la amenaza o la vulnerabilidad; entonces el riesgo se acerca a cero, aunque el otro factor permanezca intacto: si hay una erupción volcánica, yo no puedo intervenir para evitarla, pero me puedo quitar de los espacios que el volcán ha reservado para sus flujos de lodo, de forma que estoy reduciendo mi vulnerabilidad a cero y con ello el riesgo se aproxima a cero.

¿Qué es el territorio? Cuando unas dinámicas de las comunidades dentro de las cuales están incluidas las instituciones se casan con unas dinámicas de determinados ecosistemas, tanto las primeras como las segundas cambian y se transforman. ¿Qué es la seguridad territorial? Desde el punto de vista del desarrollo sería garantizarle integridad y diversidad a los ecosistemas, que son entre otras cosas los términos que consagra la Constitución Nacional, pero también es fortalecer las capacidades humanas. Desde el punto de vista de la gestión del riesgo, es evitar que los ecosistemas amenacen a las comunidades, pero necesariamente hay que evitar que las comunidades amenacen a los ecosistemas. Siendo un matrimonio indisoluble, resulta que hay que actuar, si no es posible simultáneamente, por lo menos una inmediatamente después de la otra.

¿De qué hablamos cuando decimos “gestión radical del riesgo”?

Es ir a las raíces de lo que está generando riesgos y no quedarnos simplemente en el control de los efectos, sino intentar intervenir sobre las causas.

¿De qué depende la seguridad territorial?

La seguridad ecológica de un territorio proviene de la capacidad de los ecosistemas de ofrecer recursos, pero también servicios ligados a esos recursos. Lo que quedó demostrado cuando el desastre invernal 2010-2011 en Colombia,

y ahora con los desastres menos extendidos pero muy fuertes por la sequía, es que nuestros ecosistemas han perdido su capacidad de convivir con los cambios. Entonces, el agua es una riqueza, pero si desaparecen los controles que los mismos ecosistemas hacen para regular el agua excesiva en temporadas invernales y para guardarla y después liberarla gradualmente en temporadas secas, necesariamente esa riqueza se va a volver una amenaza. Intervenciones anteriores ya mencionaron cómo el derecho a la educación, por ejemplo, está íntimamente ligado con esto: si no hay agua hay que cerrar la escuela; pero también si se inunda, o si el suelo pierde la capacidad de sostener la casa en un aguacero fuerte o en un sismo, tampoco hay derecho a la vivienda y así podrían darse otra serie de ejemplos.

También es de especial importancia la capacidad que ofrece el territorio para generar riqueza económica, para utilizar formas de energía que sean saludables tanto para la gente como para los ecosistemas; y algo especialmente importante es la necesidad de que exista seguridad jurídica e institucional, es decir, la existencia de un Estado de derecho cuya partitura, por supuesto, es la Constitución Nacional: la existencia de unas instituciones, de unas puertas a las cuales yo pueda tocar si considero que alguno de los derechos consagrados en la Constitución están siendo afectados.

Aquí está incluida toda la institucionalidad. La gobernabilidad de un territorio es imposible si, por ejemplo, no hay agua: hemos visto los movimientos sociales que se han producido en Arauca o en La Guajira por falta de agua. Entonces acá hay una hamaca que tiene que funcionar entre el territorio que provee el agua y las instituciones que la hacen accesible a la gente, pues de esto depende en gran medida la gobernabilidad.

La “seguridad organizativa” es la posibilidad de las comunidades de organizarse, pero de organizarse para participar. En Colombia conjugamos el verbo *participar* usualmente como “yo participo, tú participas, ellos deciden”. Realmente hay que participar para decidir, para tener impacto sobre las decisiones que afectan el territorio, pero la contrapartida de la verdadera participación es la corresponsabilidad. O sea: yo participo en la decisión y me hago corresponsable con los efectos que esta pueda tener.

“Seguridad, soberanía y autonomía alimentaria”: la posibilidad que tiene el territorio para ofrecer siquiera lo básico para la subsistencia de sus habitantes. Pongo un ejemplo: el 70% de la canasta básica que consumimos 8.000.000 de personas en Bogotá es producido en un radio de 300 km. Muy pocas ciudades capitales del mundo tienen ese privilegio.

Y este que queda de último porque me parece cada vez más importante: la “seguridad emocional, afectiva y cultural”, que me permite, digamos, sentir



que ese territorio para mí sí tiene sentido; lo que yo resumiría en una palabra: identidad.

Pero estos son clavos y más importante que los clavos son las hamacas que cuelgan entre los clavos porque de ellas surge el concepto de “territorio seguro”. Quisiera hacer simplemente una pequeña mención al tema de género: si se afecta, por ejemplo, la hamaca entre el ecosistema que provee el agua y la empresa de acueducto que la distribuye y los niños se enferman y no pueden ir al colegio, quien se queda cuidándolos es la mujer. Si se agota el combustible quien va normalmente por la leña es la mujer.

Resistencia y resiliencia

De todo esto surgen dos conceptos que son cada vez más parecidos. Uno es el de “resistencia”, que es la capacidad de la telaraña de aguantar un balonazo, que puede ser cualquiera de los efectos del cambio climático, pero también puede ser un sismo o el posconflicto. Es decir, la telaraña no tiene que aguantar solamente uno sino muchos, tiene que tener una enorme flexibilidad para hacerlo. El otro concepto es la “resiliencia”, que es la capacidad de la araña para volver a tejer su tela después del balonazo. Y aquí hay un propósito político y ético importantísimo y es que cualquier intervención en el territorio que sea susceptible de ser afectado por desastres (y hoy es todo el territorio nacional) tiene que tener en cuenta como prioridad política y ética el fortalecimiento de la araña. Es decir, no el fortalecimiento de la telaraña por agentes externos, sino que esa araña quede cada vez más fuerte y cada vez más capaz de volver a tejer su telaraña cuando la vuelva a necesitar, ya sea porque hay temporada invernal o porque vuelven las sequías.

Otro papel importante del territorio seguro, también para el posconflicto, es la posibilidad que tiene de acoger a quienes han salido a la cuerda floja y retornan. Se pueden haber ido a la cuerda floja a Europa, en la época de bonanza, y ahora tienen que volver, o se han ido a la guerra y ahora vuelven o se cae el precio internacional del café y el territorio tiene que ofrecerles a los cafeteros una red para que no se estrellen contra el suelo.

Debo mencionar que hay unos actores humanos en diálogo en el territorio, locales, nacionales e internacionales, etc. Pero hay otros actores como son las cuencas y las microcuencas, los ecosistemas, las dinámicas hidrometeorológicas, etc., que no pueden ser solamente objetos alrededor de los cuales negociamos los humanos, sino que tienen que ser actores que se sientan con nosotros a tomar las decisiones.

Una frase nefasta de Simón Bolívar cuando el terremoto de Caracas en 1812: “Si la naturaleza se opone a nuestros designios, lucharemos contra ella y haremos que nos obedezca”. Tenemos entonces dos formas contrapuestas

de ordenamiento territorial: una es ordenarlo en función de las prioridades humanas, y la otra es ordenar las actividades humanas en función del territorio y, en especial, en función de esa autoridad ambiental principal del territorio que es el agua.

¿Qué es legal y qué es ilegal?

Hay que legalizarse con el río y hay que legalizarse con las comunidades. Uno diría que las licencias ambientales o las consultas previas son formas de garantizar esa legalidad y efectivamente lo son si los procesos de análisis ambiental y los estudios de impacto son hechos de una manera muy seria, pero no si *se usan como soporte y no como iluminación*. Si verdaderamente se usan como iluminación, entonces el hecho de que haya una licencia garantizaría que hay una legalidad con los ecosistemas y el hecho de que haya una consulta garantizaría una legalidad con las comunidades, pero desafortunadamente no es así, a pesar de que es un asunto absolutamente delicado.

Los derechos del agua

Al agua no le interesa si filosóficamente es aceptable o no que se hable de derechos del agua; es más: ni siquiera entra en el debate. Si al agua le quitan el derecho a fluir, ella sale y se toma las calles y los espacios; y si le quitan el derecho a su expansión en temporadas invernales, pues el agua protesta sin entrar en el debate de si tiene o no sentido decir que tiene derechos. Cada vez que hay un desastre relacionado con el agua, basta que nos preguntemos qué derecho se le habrá violado al agua y resulta que claramente vamos a encontrar cuál es la causa de ese desastre.

Derechos de las personas afectadas o susceptibles de ser afectadas por desastres

Yo entro a este tema después del terremoto ocurrido en mi ciudad, en Popayán, y luego de preguntarle a la gente por qué se cayó Popayán me contestaban: “¿Es que no sentiste el temblor?” Sí, sí lo había sentido, pero existieron otros factores y cómplices que hicieron que la ciudad no aguantara el temblor. Eso me ha llevado a esta reflexión acerca del derecho a la protección por parte del Estado: la adaptación es una expresión de ese derecho a la protección. Quiero hacer una aclaración acá y es que la adaptación tiene el problema de parecerse mucho a “resignación”. No, adaptación no es resignación, es coevolución y es la estrategia que ha utilizado la vida desde que está en este planeta hace más o menos 3.800 millones de años. Este reto de adaptación que tenemos ahora es un nuevo reto de coevolución para ajustarnos a cambios que está haciendo el planeta como respuesta a la manera en la que hemos intervenido sobre sus sistemas concatenados o interrelacionados.



Derecho a la información: A una información que sea accesible, comprensible, oportuna, que tenga sentido cultural y que sea de verdad una herramienta que nos permita participar, lo que está relacionado con el derecho a la participación del cual hablé antes.

Derecho a la integralidad de los procesos: Muchas veces vemos cómo, por ejemplo, después de cualquier tipo de desastre llegan los que construyen las casas, otros que reconstruyen el tejido social y otros que hacen otra actividad y resulta que se fragmenta así como cuando se fragmenta la salud cuando cada médico mira solo una parte del organismo, pero no mira la integralidad.

Derecho a la diversidad: Que no quiere decir que todas las prevenciones deban ser “a la carta”, pero sí que tengan un sentido cultural; tienen que tener un sentido particular para cada territorio y sus habitantes.

Derecho a la perspectiva de género: Ya mencioné cómo en el tema de género, particularmente en lo que tiene que ver con las mujeres, pero no solo con ellas, sino también al género masculino, es fundamental para que la telaraña pueda ser fuerte.

Derecho a la autogestión: Todo lo que se pueda hacer en un nivel no tiene por qué hacerlo otro nivel superior. La decisión que yo puedo tomar en el municipio no tiene por qué tomarla el departamento, y la que se puede tomar en el departamento no tiene por qué tomarla la nación. Y si la puede tomar la comunidad autónomamente, pues hay que fortalecer esto porque fortalece a la araña.

Derecho a la prioridad: Que va contra el “ya que”. “Ya que hubo este terremoto, aprovechemos para pavimentar esta vía”; “ya que hay cambio climático, aprovechemos para hacer un puerto”. No, eso es posible, pero resulta que lo correcto es que la prioridad la tienen los más amenazados o los que han sido afectados por el desastre, y los “ya que” deben hacerse con lo que sobra; esto parecería muy obvio, pero se ven casos contrarios.

Derecho a la continuidad de los procesos: Cada Gobierno tiene su desastre y es muy común que digan “ese es del Gobierno anterior”; entonces los damnificados del desastre del Gobierno anterior pasan a un segundo plano porque ahora la atención se viene a los del nuevo Gobierno. Esto, al final, genera un nuevo desastre.

Derechos frente a los medios de comunicación: Las personas y comunidades afectadas por desastres tienen el derecho a que los medios de comunicación respeten su intimidad, a que no las conviertan en motivo y oportunidad para el sensacionalismo, y a que los medios cumplan el papel de facilitadores en los procesos de comunicación entre las comunidades y las autoridades. Y tienen

el derecho a que la información que transmitan los medios de comunicación contribuya a comprender, de manera veraz, objetiva y racional, las causas que condujeron a un desastre, y a descubrir y fortalecer el potencial de recuperación y gestión existente en las mismas comunidades, en lugar de consolidar el estereotipo según el cual los afectados por un desastre son entes incapaces de retomar el control de su propio destino.

Derecho a la prevención y adaptación al cambio climático: Hay un lema con el que he venido trabajando que es “El cambio climático es un hecho; la adaptación es un derecho”. Si hoy dejáramos de emitir el 100% de las emisiones de gases de efecto invernadero que emite Colombia, reduciríamos en el 0,37% lo que ya está en la atmósfera. Y si toda América Latina y el Caribe dejan de emitir, reducimos el 6%. Y si todos los países del mundo dejaran de emitir, lo que está en la atmósfera quedaría ahí (según los más optimistas) por lo menos durante cien años. Es decir, es absolutamente inevitable que nos adaptemos, lo cual no va en contra de las medidas de mitigación; habría que pensar en una mitigación enfocada a la adaptación.

Mitigación en términos de cambio climático es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Pero debemos cuidarnos de la mitigación “inadaptadora”, que es el riesgo que se corre, por ejemplo, con los agrocombustibles porque, aceptando que estos reduzcan la emisión de gases de efecto invernadero, la siembra para combustibles aumenta los monocultivos, propicia la concentración de la tierra, genera desplazamientos. Entonces, se puede reducir un poquito el aguacero, pero se abre una gotera sumamente grande. La mitigación se justifica, sobre todo en nuestros países, si contribuye a la adaptación. Se justifica, por ejemplo, el cambio de vehículos, pero no solamente porque reduzcan las emisiones, sino porque como son vehículos ecológicos entonces se va a reducir todo el efecto sobre la salud que tienen los vehículos viejos y contaminantes.

Prioridades del desarrollo

Cualquier medida hay que evaluarla en función de cómo va a contribuir esto a garantizar el acceso al agua en cantidad y calidad; cómo va a garantizar que tengamos resiliencia climática, es decir, que nuestros ecosistemas sean capaces de aguantar cada vez más o extremos de sequía o extremos de lluvias o de temperatura; cómo puede ayudar a garantizar la seguridad alimentaria; y, finalmente, identidad y valores.

Quisiera terminar con dos ejemplos: tuve la oportunidad de trabajar en La Guajira tratando de desatar un nudo que se había formado entre la empresa Cerrejón y una comunidad que había sido expulsada, que era la comunidad de Tabaco. Tratábamos de entender cuál era la mayor afectación que había tenido la gente al perder su pueblo y por qué personas a las que habían indemnizado con dinero seguían en la cola de los afectados. Al respecto, nos decía una



persona: “Yo me levantaba sin nada con qué desayunar y pasaba adonde un vecino por un vaso de leche y volvía con medio balde y pasaba por un plátano y volvía con un racimo. Ahora tengo una cuenta de ahorros, pero cuando no tengo nada en la cuenta, no tengo nada”. El otro ejemplo es que en un taller les preguntamos a los participantes qué era mejor hace cinco años y qué es mejor ahora. Un grupo de adolescentes se reúnen, hacen su reporte y dicen: “Antes era peor que el suelo de la casa era de tierra y ahora es de mármol. Pero ahora es peor, porque mi mamá no deja entrar a los amigos porque ensucian el piso”.

Muchas gracias.

Comentarios al panel sobre cambio climático y Constitución

*Julio Carrizosa Umaña**

Muchas gracias al señor presidente de la Corte Constitucional por permitirme cerrar, como ingeniero, una reunión de abogados. Y cierro así una sesión que para mí fue extraordinaria y creo que en cualquier otra parte del mundo sería extraordinaria, pues es importante el hecho de que nos hayamos reunido con todo el cuerpo directivo de la Rama Judicial y que esa reunión haya sido alrededor de un tema que hace pocos años no se escuchaba. Entre otras cosas, Gustavo Wilches fue nuestro candidato para que escribiera la Constitución y no tuvo sino 8.000 votos. Pero los 34 artículos que hacen que se califique la Constitución como ecológica vinieron de nosotros, y sobre todo de Gustavo Wilches, que los explicó por todo el país. O sea que esto no es nuevo pero, sí lo es en el sentido que estamos hablando con los mismos poderes. Desafortunadamente el poder ambiental ha surgido de la realidad, de lo que nos está pasando, de lo que se siente con los fenómenos de El Niño y de La Niña, y es por eso que la cuestión ambiental está en la conciencia de muchas más personas.

Voy a referirme a las últimas intervenciones –la de la magistrada SÁCHICA, la del doctor Prieur, la de Gustavo– y al final, si me queda tiempo, voy a referirme a algunas otras intervenciones porque creo que es mi responsabilidad referirme a ellas. Yo pienso que la forma como la magistrada SÁCHICA nos ha hecho entender la complejidad de lo que ha estado pasando para que el mundo se dé cuenta de la gravedad del cambio climático es digna de aplauso en este auditorio. Hay dos puntos que me gustaría señalar: uno es el interés de la magistrada en conocer los responsables de lo que sucedió en el Casanare y que califica como tragedia ecológica, aunque todavía no se ha podido saber. Pienso que es uno de los objetivos de la Rama Judicial y eso nos podría hacer avanzar muchísimo;

* Ingeniero civil de la Universidad Nacional de Colombia. Máster en Administración Pública de la Universidad de Harvard y máster en Economía de la Universidad de los Andes. Es miembro de número de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.



tampoco eso se va a poder saber solamente a través de lo judicial, sino con una estrecha colaboración entre lo judicial y lo científico, y que solamente poniendo lo científico al mismo nivel que lo judicial, podríamos llegar a saber alguna vez esa respuesta.

Me llama también la atención la insistencia en que la magistrada SÁCHICA nos ha hecho reflexionar sobre lo poco que Colombia emite y sobre la posibilidad de que Colombia modifique la situación del planeta. Yo pienso que eso lo hace a uno reflexionar sobre un tema que solo ha surgido en la reunión, un poco oculto, y es el tema de considerar cuán responsable es Colombia como productor de carbón, uno de los más grandes del mundo, en el proceso de cambio climático. Porque no solamente es lo que emitimos, que sin duda es muy poco debido a nuestro poco desarrollo industrial, pero cuán responsables somos en el cambio climático al exportar los millones de toneladas.

El profesor Prieur nos ha mencionado unos casos de responsabilidad extraterritorial que yo pienso que es tiempo de que en Colombia se estudien. Y uno de los puntos del profesor Prieur que también me ha llamado mucho la atención es la relación entre la incertidumbre y lo jurídico, o sea cómo dentro de lo jurídico cuando algo es incierto se construye una cantidad de obstáculos para resolverlo. Y es que eso tiene muchísimo que ver con el problema ambiental. Como ya muchos estamos convencidos, lo ambiental tiene que ver con un conjunto de ecosistemas extremadamente complejos como el que integra el territorio colombiano, pero lo ambiental también está fundamentado sobre algo bastante incierto. ¿Qué va a pasar? El profesor Prieur nos ha dicho cómo el daño futuro se puede cuantificar. Todo este problema de la incertidumbre también tiene que ver con algo que dijo el profesor Prieur en su intervención y es la dificultad de la definición de *ambiente*. Como nos explicó él, en ninguna de las constituciones en las que aparece el tema ambiental se incluye una definición de ambiente, lo cual es tal vez una prueba de que es muy difícil de definir. En el Código Ambiental Colombiano, que fue el primero en el mundo, como lo reconoce el profesor Prieur, hay una definición de ambiente que es discutible también, pero que es mucho mejor que la definición actual de ambiente, en donde lo ambiental es de cierto modo lo que es diferente a lo humano y a lo social. En aquel Código se decía claramente que había unos elementos sociales y humanos que constituían parte del ambiente. Pienso que esa contradicción entre las definiciones tradicionales de ambiente y las definiciones complejas de ambiente es una de las causas de los problemas que tenemos.

Me ha llamado también la atención de la exposición del profesor Prieur la definición de *desplazados ambientales*. Es una definición que se viene considerando en muchos países. Cuánta gente se desplaza debido al deterioro de los ecosistemas. Debido a que los ecosistemas están modificándose, debido a que la resiliencia no es suficiente para volver a obtener los servicios ecosistémicos que antes prestaban. Hemos oído esta mañana cómo ha disminuido el caudal

del río Combeima. ¿A qué se debe eso? ¿Sabemos algo sobre eso? ¿Cuántos desplazados han surgido de la disminución del caudal del Combeima? ¿Cuántos han surgido de la disminución del avance de la urbanización sobre el antiguo distrito de riego? Nos olvidamos también, con este olvido que nos caracteriza, de que el ambiente es todo, es la totalidad; nos olvidamos de esas interrelaciones entre violencia y ecosistema. De cómo en realidad muchas de las personas que integran esos cinco millones que han sido desplazadas en Colombia llegan a esa situación por un conjunto de factores, no por uno solo. Estamos siempre tratando de buscar el único factor, y no, en la realidad lo que existen son múltiples factores; y no es extraño que todo lo que ha pasado en Colombia haya sido la confluencia de múltiples factores, entre los cuales naturalmente la violencia política es el más atroz, pero no hay duda de que también han influido otros problemas.

El profesor Prieur también ha hablado de algunos puntos que me parecen supremamente interesantes para el futuro del manejo del cambio climático en Colombia. Por ejemplo, la responsabilidad sobre los riesgos futuros, quién es el responsable de los riesgos futuros. ¿Qué va a suceder si se dan las licencias ambientales demasiado rápidamente? ¿Quién es el responsable si algo pasa? ¿Qué va a suceder si dentro de cinco meses la autoridad ambiental da licencias ambientales sobre todo lo que está pendiente mediante órdenes a los funcionarios para que las den? ¿Quién es el responsable si algo sucede? Esa responsabilidad individual sobre riesgos colectivos es algo que pienso debe llevar a que al mismo tiempo en que se modifican las normas sobre cómo se dan las licencias, también se debe dar fortaleza a todos los preceptos sobre responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado.

Como ya estoy terminando, voy a pasar a la intervención, estupenda como siempre, de Gustavo Wilches, y comienzo con la frase inicial de él: “Uno se puede ahogar en agua bendita”. Y pienso que eso nos lleva a reflexionar en Colombia, país al que por muchos años le hemos hecho propaganda de ser una potencia hídrica; nos lleva a reflexionar sobre cómo esa potencia hídrica se puede convertir en lo que afrontamos durante los años 2010 y 2011. Y es que al hablar de riqueza o de potencia hídrica se olvida la complejidad del recurso hídrico, se simplifican las cosas y a nosotros en Colombia lo que más nos gusta es simplificar las cosas, porque es una manera de enfrentarnos a la enorme complejidad del territorio que habitamos. Y esa simplificación tiene consecuencias graves. Esa simplificación tiene que ver también con otro tema en que Gustavo Wilches insistió y es el tema de lo no humano como un todo. Nosotros estamos habituados a considerar lo no humano como algo sobre lo cual podemos actuar, pero Gustavo con su retórica estupenda nos hace ver que lo no humano también puede ser un actor: las aguas tienen un derecho. ¿Cómo introducir esto dentro del derecho? Algunos países lo han hecho, ¿es el momento de hacerlo en Colombia? Tenemos referencias en el pensamiento tradicional al considerar la Sierra Nevada como la montaña de la cual depende



la seguridad del planeta. Es una metáfora, sin duda, pero es una metáfora valiosa. Pienso también que Gustavo Wilches, al hacernos recordar que son los habitantes del planeta los que estamos sufriendo, al hacernos recordar que hay que ir a lo micro, al pueblo, al barrio, a Cajamarca, para poder apreciar la gravedad de lo que puede suceder, nos hace también aumentar nuestra visión simple a una visión de mayor complejidad.

Voy a terminar con tres puntos. El primero: en esta Constitución Ecológica en la que hay los 34 artículos mencionados, pienso que hay cuatro artículos sobre los cuales debemos reflexionar cuando tenemos en cuenta el cambio climático: uno al cual se ha referido repetidamente el profesor Prieur, es el derecho al ambiente sano. Y es que ese artículo tiene dos maneras de mirar lo “sano”, uno desde el punto de vista de la salud del ser humano, que los organismos continúen funcionando, a lo cual se pueden agregar otras maneras de ver lo “sano”, como se ha mencionado aquí que puede suceder en los pueblos a donde llega la minería a gran escala; los pueblos en los que se transforman por completo las estructuras sociales y culturales, como se ha visto no solo por fuera de Colombia, sino en sitios como La Guajira, El Cesar, Córdoba, en donde a pesar de que la minería a gran escala ha sido hecha con la mayor tecnificación posible, todos los indicadores muestran que la calidad de la vida ha disminuido a pesar de las regalías, a pesar de la técnica.

La otra manera de ver el “ambiente sano” es desde el punto de vista de los ecólogos profundos, quienes consideran el ecosistema como un actor y para quienes la sanidad del ecosistema significa que sus interrelaciones continúan funcionando, que su estructura no se deteriora, que sus funciones se realizan. ¿Qué podemos decir acerca de los ecosistemas, por ejemplo, de la región Andina, en donde se asienta más del 80% de la población colombiana? ¿Están sanos? ¿Podemos afirmar que están sanos?

Pienso también que hay otro artículo de la Constitución que tiene mucha relación con todo el problema del cambio climático en el que se afirma que los recursos naturales deben tener un desarrollo sostenible. De ahí podemos pasar a otro tema que se relaciona con el cambio climático: ¿cuál es la relación entre la minería del carbón y el cambio climático?, ¿existe alguna o es muy difícil de identificar? ¿O es que simplemente los colombianos nos negamos a verla, o queremos negarnos a verla? Y esa relación, que es clarísima, pues hace ver otra de las dificultades que tiene lo ambiental en lo jurídico, que es la integridad de lo ambiental, la dificultad de ver lo ambiental simplemente desde el cambio climático, o simplemente desde la biodiversidad, o simplemente desde el manejo del agua, errores que llevan a que a veces lo ambiental no se pueda manejar.

El profesor Prieur nos ha hecho ver cómo es de difícil aproximar dos conjuntos de normas jurídicas, cómo a veces lo obvio como que el cambio climático está

relacionado con los derechos humanos no se puede manejar porque hay dos conjuntos que no se aproximan, que tienen sus personajes, que tienen sus normas, que tienen sus reuniones y no se hablan. Eso pasa en lo ambiental. Hay otros dos artículos respecto de los que pienso que en esta situación las cortes, los magistrados, los jueces deberían reflexionar muy profundamente. Uno es el del patrimonio ecológico, que aparece únicamente en las funciones de los concejos municipales y distritales, que son los responsables de proteger el patrimonio ecológico; y pienso yo: ¿acaso los minerales no forman parte del patrimonio ecológico? ¿Por qué entonces los concejos no pueden proteger y cuidar esos minerales? Pienso que eso es algo sobre lo cual es necesario reflexionar. Y el otro artículo es el de la función ecológica de la propiedad, el cual tiene relación entre la explotación del carbón y el cambio climático. ¿Acaso las cosas que son propiedad del Estado no tienen una función ecológica? ¿Acaso los minerales que son propiedad del Estado no tienen una función ecológica? Y entonces, ¿por qué el Estado no tiene en cuenta eso al otorgar las concesiones de explotación de minerales? ¿Está incumpliendo el Estado su función ecológica como propietario que es del subsuelo?

Todo el tiempo en que he estado en el encuentro desde ayer me he emocionado profundamente con lo que he oído, con lo que he visto en el Tolima, con la forma como el Tolima se está convirtiendo en territorio de paz. Y pienso que el Tolima nos está mostrando que es algo más que el departamento de la música, pero que es el departamento de la música, y que es algo más porque así es la humanidad, así de compleja, es musical y es pacífica. Y pienso que entonces lo que oímos esta mañana, las dos intervenciones, del gobernador y del alcalde, la intervención del señor presidente de la Corte Constitucional, la intervención del representante de las culturas que sobrevivieron durante quinientos años a todo lo que ha pasado en este país. Pienso que todo esto nos hace tener cierto optimismo, no mucho, cierto optimismo; pienso incluso en la presentación que hizo el presidente de la república, pues algunas de las frases que dijo nos hacen ser optimistas, pero al mismo tiempo pienso que algunos de los cambios que anuncia deben hacer reflexionar profundamente a los ciudadanos colombianos y, sobre todo, a los funcionarios que están encargados de dar las licencias ambientales.

Pienso que la reducción del tiempo para dar las licencias ambientales planteará a los funcionarios unas responsabilidades muy fuertes porque las cuestiones ambientales son complejas, porque muchas veces va a ser muy difícil tener un concepto claro frente a unas declaraciones verbales y en muy pocos meses. Entonces a los funcionarios les va a quedar una posibilidad: apelar a una campaña publicitaria reciente y es la capacidad de decir no. Y pienso que esa capacidad de decir no es a lo que nos está llevando la presión enorme de aquellos que quieren obtener licencias rápidamente.

Muchas gracias.





Panel II

Biodiversidad
y Constitución

Biodiversidad y Constitución

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*

I

La preocupación por las cuestiones ambientales es de aparición relativamente reciente y, por supuesto, su tratamiento jurídico también lo es. De modo que la proclamación del ambiente sano como derecho de todas las personas, en el artículo 79 de la Constitución, expresa una tendencia presente ya durante la época de su adopción y cuya importancia ha venido acrecentándose hasta constituir una de las materias de mayor relevancia en la actualidad.

Bajo la denominación de *medio ambiente* se agrupa un significativo número de aspectos que la jurisprudencia constitucional ha venido identificando y entre ellos tiene especial lugar la biodiversidad, reiteradamente mencionada para considerarla “patrimonio de la Nación”, reconocerle su “valor estratégico”, erigirla en objeto de protección o hacer de su conservación una finalidad superior que requiere de la acción conjunta de las personas, la sociedad y el Estado¹.

En la expresión *diversidad biológica* tiene su origen el término biodiversidad, que, acuñado apenas en 1986², marca el inicio del interés creciente por la gran variedad de formas de vida y su relación con los entornos naturales de la tierra en que se gestan y desarrollan, interés que no se debe al simple propósito de tener en la naturaleza y en sus seres vivientes un placentero objeto de contemplación, sino, ante todo, a la urgencia de conciliar su existencia con la del hombre, cada vez más apremiado por sus propias necesidades vitales.

* Expresidente y magistrado de la Corte Constitucional.

1 Sentencia C-339 de 2002.

2 Grayling, A. C. (2010). *El poder de las ideas. Claves para entender el siglo XXI*. Barcelona: Ariel, p. 48.



El concepto de biodiversidad propicia una aproximación comprensiva al mundo natural y desconfió del tratamiento parcializado o fragmentario, razón por la cual la determinación de su contenido ha sido motivo de amplia discusión, como tempranamente lo puso de manifiesto la Corte Constitucional al señalar que aun cuando, en principio, significa “variedad de vida”, numerosas “posiciones doctrinarias en materia ecológica le han dado alcances diferentes”, de manera que mientras para algunos “abarca la totalidad de genes, especies y ecosistemas de una región”, otros estiman que “debería ser una expresión de la vida que incluyese la variabilidad de todas las formas de vida, su organización y sus interrelaciones, desde el nivel molecular hasta el de la biosfera, incluyendo asimismo la diversidad cultural”³.

Resulta imposible entrar ahora en el debate destinado a establecer lo que comprende la noción de biodiversidad y más todavía tratar de zanjar la polémica. Así, lo aconsejable es seguir el criterio sentado por la Corte en el sentido de indicar que, con independencia de la interpretación que se le dé al término biodiversidad, se le debe prestar atención a lo que él “incluye necesariamente”⁴.

En la indicada dirección se puede sostener que, básicamente, la biodiversidad designa la variedad de especies de la tierra, la diversidad de los genes pertenecientes a esas especies y la pluralidad de los ecosistemas⁵, lo que coincide con lo precisado en su momento por la Corte Constitucional al afirmar que la biodiversidad “incluye necesariamente” la “variedad y multiplicidad de organismos vivos, ya sea de genes, especies o de ecosistema dentro de un marco territorial determinado”⁶, parece compartido por el profesor Bou Franch, quien asevera que “en general, la diversidad biológica es la totalidad de los genes, las especies y los ecosistemas del planeta Tierra”, idea básica que permite superar “los problemas prácticos de comprensión” originados en las definiciones amplias y complejas de la expresión⁷.

II

El elemento más evidente de la biodiversidad es la multiplicidad de las especies, resultantes de un larguísimo proceso de evolución que ha dado lugar a su

3 Sentencia C-519 de 1994.

4 *Ibid.*

5 Así aparece en Tyler Miller, G, & Spoolman, S. (2010). *Principios de ecología*. México: Cengage Learning, p. 78.

6 Sentencia C-519 de 1994.

7 Bou Franch, V. (2011). “La diversidad biológica en el derecho internacional”. En: Valentín Bou Franch y José Juste Ruiz (dirs), *El medio ambiente como objeto de tutela del Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, p. 72.

presencia en un elevado número de muy difícil precisión, a tal punto que en la actualidad existen muchas todavía no descubiertas.

Pese a las dificultades de medición puede decirse que una especie ocupa un espacio, de donde viene el vínculo con una determinada área geográfica de cada población integrada por el conjunto de seres vivos pertenecientes a una misma especie, así como las relaciones entre las distintas poblaciones que, asentadas en un determinado espacio, conforman una comunidad de seres vivos⁸.

En este orden de ideas, una comunidad se caracteriza por reunir varias especies, y su riqueza dependerá del número de estas y también de la cantidad de individuos dentro de cada una de las especies que, siendo mayor o menor, permite pensar en distintas situaciones, como que, por ejemplo, una comunidad puede aglutinar a un número significativo de especies, cada una de las cuales, sin embargo, esté compuesta por pocos miembros o, por el contrario, estar conformada por pocas especies, pero con una elevada cifra de individuos⁹.

En cualquier caso, en la comunidad de la que hace parte, cada una de las especies tiene una forma de vida y una función que cumplir, forma y función que inciden en su adaptabilidad al ambiente, su supervivencia y su reproducción, tema este último portador de un nexo especial con la diferencia de las estructuras moleculares determinantes de la herencia, esto es, con la diversidad genética, segundo componente de lo que, según el planteamiento aquí seguido, “necesariamente” se encuentra incluido en el concepto de biodiversidad.

Este elemento añade una consideración adicional a lo hasta aquí tratado, pues la biodiversidad no solamente se ocupa de la multiplicidad de seres vivos, sino que, además, comprende la variabilidad de estos seres. Esta última característica permite la adaptación y preservación de poblaciones y se traduce en la permanencia y prolongación de la vida en el planeta, que es posible a partir de la diversidad de los genes de una misma especie que van experimentando en su estructura algunos cambios, luego heredados a sus descendientes, dotados ya de un material genético renovado que, en ocasiones, les ofrece unas condiciones para sobrevivir y reproducirse, transmisibles y mejores que las que tuvieron sus antepasados, ya sea que las condiciones ambientales se mantengan o que cambien, incluso drásticamente.

Tanto la riqueza de las especies como la genética tienen su asiento en la diversidad de los ecosistemas, tercer componente del concepto de biodiversidad manejado que designa una organización natural, ciertamente compleja, integrada por los seres vivos y por el medio físico. Estos componentes se encuentran en constante

8 Montané de la Vega, R. (2012). *Ecología y conservación ambiental*. México: Trillas, p. 14.

9 Tyler Miller, G., & Spoolman, S., *op. cit.*, pp. 89 y ss.



interactuación, de tal modo que las comunidades se adaptan al medio y de este obtienen los recursos que les facilitan su existencia, el cumplimiento de las funciones de cada especie y su reproducción, en un proceso dinámico y continuo que involucra agentes físicos, biológicos y químicos.

La variedad de los ecosistemas es tan rica que, solo ateniéndose al tamaño, un ecosistema puede estar constituido por un charco o por todo un océano, aunque una aproximación un poco más detallada a su tipología permite distinguir, sin pretensiones de exhaustividad, ecosistemas terrestres (pastizales, bosques, desiertos, sabanas, selvas, tundras), ecosistemas marinos y ecosistemas de agua dulce, integrados ambos en la categoría de los ecosistemas acuáticos, que confluyen siempre que el agua dulce es alcanzada por la del mar, como acontece con los estuarios, a su vez inscritos dentro de la clase de los humedales, que también pueden ser de agua dulce.

III

La diversidad de especies, de genes y de ecosistemas cuenta con reconocimiento constitucional en el ya citado artículo 79 de la Constitución que, en su inciso segundo, establece, como deber del Estado, “proteger la diversidad e integridad del ambiente” y “conservar las áreas de especial importancia ecológica”. La previsión constitucional de las acciones orientadas a proteger y conservar elementos incorporados en la biodiversidad advierte, con suficiencia, acerca de la importancia que el Constituyente le confirió a la materia que nos ocupa.

La relevancia de la biodiversidad puede encontrar su origen en la conjugación de varios factores, pero en Colombia se destaca uno que aparece como un llamativo e imponente pórtico que da entrada a cualquier aproximación que se pretenda, puesto que el primer aspecto al cual se suele aludir es el reconocimiento mundial del país “como uno de los centros biológicos de mayor diversidad”¹⁰, habida cuenta de que “en Colombia se encuentra el 10% de la biodiversidad mundial, a pesar de representar únicamente el 0.7% de la superficie continental mundial”¹¹.

La megabiodiversidad del país, que es “fuente de riquezas naturales invaluable, sin par en el resto del planeta”¹², tiene manifestaciones en diversos órdenes que la Corte Constitucional se ha ocupado de resaltar valiéndose de documentos que, pese a corresponder a las épocas en las que fueron proferidas las respectivas sentencias, aún hoy son signos incuestionables de la situación que se quiere ilustrar.

10 Sentencia C-519 de 1994.

11 Sentencia C-339 de 2002.

12 Sentencia C-595 de 2010.

Así, en 1994, al examinar la constitucionalidad del Convenio de Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica, la Corporación destacó apartes de la exposición de motivos presentada por los ministros de Relaciones Exteriores y de Medio Ambiente al radicar el proyecto de ley que proponía su aprobación. De conformidad con esos apartes, el país cuenta “por ejemplo, con el 15% de las especies de orquídeas clasificadas mundialmente, con más de 2.000 plantas medicinales identificadas y con un número elevado de especies de frutos comerciales, silvestres o apenas localmente cultivados que son comestibles o que pueden llegar a ser utilizados para el mejoramiento genético de especies cultivadas”, a lo que se añadía que “en el país se han clasificado 338 especies de mamíferos, lo que representa un 8% del total de las conocidas en el planeta, el 15% de las especies primates vivientes, 1.754 especies de aves (18%) y casi 3.000 vertebrados terrestres”¹³.

Especial mención han merecido en la jurisprudencia constitucional las especies endémicas, “es decir únicas y no repetidas en lugar alguno del planeta”, a las que, según la exposición de motivos citada, pertenecía “un tercio de las 55.000 especies de plantas de Colombia (...) lo que se considera una riqueza sin igual, equivalente al 10% del total identificado”, y también lo concerniente a la diversidad genética, ya que, según palabras de la Corte, “En nuestro territorio se encuentra una variedad de genes y un material germoplástico de dimensiones económicas y tecnológicas incalculables (...), fundamento de un futuro alentador en campos como la medicina, la agricultura y la industria”¹⁴.

Igualmente, la Corte se ha pronunciado sobre algunas áreas ecológicas específicas caracterizadas por su biodiversidad, como es el caso de la Amazonía, pues “es incuestionable y reconocida la importancia que tiene para el equilibrio ecológico del mundo” esta región que “constituye una reserva fundamental para el futuro de la humanidad”,¹⁵ principalmente “en el campo de la diversidad biológica”¹⁶.

Respecto de la región del Pacífico, la Corte ha indicado que ha sido catalogada como la de “mayor diversidad biológica en el mundo”, por ser poseedora de “un considerable número de recursos endémicos y de material genético que se constituye en una de las más importantes alternativas de desarrollo en diferentes campos, como por ejemplo, la medicina y la farmacéutica”¹⁷.

13 Sentencia C-519 de 1994.

14 Ibid.

15 Sentencia C-332 de 1996.

16 Sentencia C-335 de 2002.

17 Sentencia C-519 de 1994.



Finalmente, en relación con este punto conviene señalar que al examinar el protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas por el Convenio para la protección y desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe, la Corte Constitucional consideró que los lineamientos fijados en ese instrumento se avenían a la Constitución, dado “el interés de nuestro país por participar en el señalamiento de políticas internacionales que busquen proteger la biodiversidad”. Y agregó que, con ese fin, se tendrían en cuenta “las características hidrográficas, bióticas y ecológicas que aquella región presenta y el enorme valor ecológico, económico, estético, científico, cultural, nutricional y recreativo de los ecosistemas raros o vulnerables, así como de la flora y fauna nativas que allí se encuentran”¹⁸.

IV

En el panorama que brevemente se deja descrito todavía no se ha hecho suficiente hincapié en la relación que con la biodiversidad establece el ser humano, quien, al fin de cuentas, pertenece a una especie animal que ha logrado sobrevivir y adaptarse al ambiente, del cual obtiene elementos que le aseguran la existencia, desde alimentos, maderas y fibras hasta los fármacos y medicinas resultantes de complejos procesos de investigación.

A esta relación básica entre el hombre y la biodiversidad se ha referido la Corte Constitucional con base en un documento elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente y el Departamento de Planeación Nacional, con el apoyo del Instituto Humboldt, en el cual se lee lo siguiente:

Nuestra alimentación proviene de la diversidad biológica, los combustibles y fósiles son subproducto de ella, las fibras naturales también. El agua que tomamos y el aire que respiramos están ligados a ciclos naturales con gran dependencia en la biodiversidad, la capacidad productiva de los suelos depende de su diversidad biológica, y muchos otros servicios ambientales de los cuales depende nuestra supervivencia. Desde la perspectiva biológica, la diversidad es vital, porque brinda las posibilidades de adaptación a la población humana y a otras especies frente a variaciones del entorno¹⁹.

En el mundo actual, la anterior verificación ha de ser contrastada con algunos fenómenos que condicionan el vínculo del hombre con la biodiversidad e inciden en la idea de equilibrio que, en principio, debería presidir esta relación. En efecto, el crecimiento de la población mundial y la industrialización rampante introducen variantes en la realidad y plantean problemas, con frecuencia situados en el límite y que la humanidad no había enfrentado.

18 Sentencia C-401 de 1997.

19 Sentencia C-339 de 2002.

Es así como, frente a la constatación del crecimiento exponencial de la población mundial, que ha aumentado y promete acrecentarse con rapidez y en tasas nunca antes conocidas, sigue la pregunta acerca de si la tierra podrá sustentar las necesidades de todos sus habitantes y si será posible que la vida humana se desarrolle sin alterar la naturaleza; mientras que, de otro lado, respecto de la posibilidad de esa conciliación también surgen interrogantes en torno al influjo que causan al medio ambiente los procesos de industrialización y crecimiento económico.

La dimensión social que se percibe en los dos fenómenos citados denota un nexo entre la política y la ecología, que no es nuevo, como que los antecedentes remotos del Estado dan cuenta acerca de la influencia del ambiente en el surgimiento de las primeras organizaciones políticas.

Apoyándose en Wittfogel, el profesor García Pelayo recordó que las poblaciones del antiguo Oriente se sustentaban económicamente mediante la agricultura de regadío, que funcionaba “a gran escala, con agua proveniente de fuentes lejanas y cuya utilización exige grandes obras que no pueden ser realizadas individualmente por el cultivador, sino que han de ser llevadas a cabo mediante la cooperación”, de donde surgieron sociedades o civilizaciones llamadas “hidráulicas”²⁰.

Esas sociedades consolidaron organizaciones políticas fuertes, puesto que el traslado de grandes cantidades de aguas provenientes de fuentes lejanas precisaba de la construcción de obras enormes y de gran extensión que solo podían llevarse a cabo por grupos y bajo dirección única, también responsable de los trabajos accesorios vinculados con la producción y con el cuidado de lo construido, pues podía ser dañado “por las incursiones de los pueblos nómadas”, lo que requería de “obras de defensa militar”²¹.

La sociedad hidráulica condujo a la concentración del poder en un punto que tornara viable una “capacidad directora, planificadora y administrativa”, unida a la “disposición sobre los medios de coacción para llevarla a cabo”, tanto más concentrada “cuanto más complejo, extenso y difícil” fuera “el sistema de obras a realizar”²².

Tales obras no se limitaban a la construcción, ya que, además de conducir el agua hacia los puntos de cultivo, se requería “establecer reservas para los tiempos de sequía, contabilizar su uso, designar o distribuir las áreas a regar o desecar, vigilar el cumplimiento de las normas” y, dependiendo de los

20 García Pelayo, M. (1993). *Las formas políticas en el antiguo oriente*. Caracas: Monte Ávila Editores, p. 16.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*, p. 19.



tiempos, era menester “preparar las tierras para el crecimiento de los ríos, cuyo desbordamiento, hábilmente manipulado, trae la fertilidad y la vida, y cuyas aguas no dirigidas traen la muerte y la devastación”, a lo que cabe añadir que “los diques han de ser reparados en la estación adecuada a fin de que estén en buen estado en tiempos de inundación; y los canales han de ser limpiados en forma que la humedad pueda ser satisfactoriamente distribuida”, pues solo “cuando los canales, embalses y reservas estén listos y en buen estado puede ser plenamente utilizada la precipitación”²³.

Más que la incidencia del ambiente en el surgimiento y consolidación de la organización política, interesa destacar el relevante nivel de conciencia acerca de la relación entre política y ecología, patente en esas sociedades, alto grado de conciencia proveniente de la “fuerte connotación ecológica” del poder político que se imponía en un grupo cuya “posibilidad de sobrevivencia estaba determinada por la capacidad de respuesta conductual colectiva a las variaciones del caudal de los ríos”, de modo que el poder debía estar dotado de “la capacidad de previsión de las inundaciones”, de la “capacidad de describir y medir las consecuencias de los hechos ambientales” y, claro está, de “una capacidad de intervención”²⁴.

Con insistencia se afirma que menor conciencia existe ahora en “las sociedades industriales, tanto las de economía liberal como las de economía programada”, al parecer porque el papel fundamental se le asigna “a la productividad del trabajo humano y del capital”, lo que ha llevado a interpretar “la productividad de los sistemas naturales exclusivamente en función del trabajo humano y de la inversión de capitales”²⁵.

V

Por el camino que hemos trazado, fácilmente se llega a la denominada “pérdida de la biodiversidad”, preocupante fenómeno que, según los estudiosos, tiene su causa en el crecimiento poblacional y en los requerimientos de un desarrollo económico asumido como proceso imparable. Es evidente que el incremento de la población genera mayor demanda de recursos y que esto, a su vez, produce sobreexplotación, enfrentamiento, escasez, apropiación indebida, marginación de poblaciones o de zonas y profundización de la desigualdad con sus secuelas de hambre y pobreza.

El proceso de desarrollo económico desordenado o incontrolable aporta su gigante cuota a la disminución de la biodiversidad en la medida en que propicia abusivas extracciones de recursos, intercambios de especies motivados por

23 Ibid., pp. 18 y 19.

24 Conti, L. (2005). “Política y ecología”. En *Diccionario de Política*, vol. 2. Bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino. México: Siglo Veintiuno Editores, p. 1241.

25 Ibid.

desproporcionados afanes de lucro, destrucción de hábitats a causa de la explotación adelantada a toda costa, emisión de contaminantes, extracción de maderas u obtención de combustibles sin medir consecuencias, etc.

Ciertamente, la extinción obedece a un proceso natural, pero ese proceso puede ser interferido por la acción humana, que lo altera o lo precipita hasta hacer desaparecer especies enteras, incluidas algunas todavía desconocidas, amén de las endémicas y de las que hubiesen podido llegar a existir de no haberse interpuesto la actividad perturbadora del hombre, que, a menudo, genera el aislamiento geográfico de miembros de una misma especie o contribuye al deterioro y cambio de las condiciones ambientales hasta entonces favorables a la preservación de la vida.

La devastación causada por el hombre alcanza a los ecosistemas terrestres y, por lo tanto, pastizales, bosques, montañas y desiertos sufren la degradación proveniente de la fundación de ciudades, del sobrepastoreo, de la explotación de petróleo, del tránsito de vehículos pesados, de la tala de árboles, de la contaminación por la extracción de minerales y hasta del turismo mal planeado, para mencionar tan solo algunos factores.

La actividad humana proyecta sus nocivos efectos en los ecosistemas acuáticos y así se percibe en manglares, arrecifes o litorales afectados por factores tales como la construcción de vivienda cerca de los mares, los derrames de buques petroleros, el desagüe de barcos de pasajeros, el cambio climático ligado a la subida del nivel del mar, proclive a la destrucción de hábitats marinos y a las inundaciones de costas y ciudades costeras. Además, los ecosistemas de agua dulce también reportan el deterioro de lagunas, lagos, ríos y humedales a causa de la construcción de canales, presas o diques, de vertederos de desechos y contaminantes originados en poblados o ciudades cercanas o de la forzada adaptación de humedales para el cultivo o la edificación.

A lo anterior, que no es poco y que dista mucho de aportar una visión completa, se suman los peligros que se ciernen sobre el material genético original de especies utilizadas por el hombre, que van desde su modificación dudosa hasta las pretensiones de compañías y Gobiernos “de contar con derechos de propiedad intelectual sobre las modificaciones que se han realizado en especies que han sido usadas y seleccionadas por el hombre durante milenios, para el disfrute de todos, es decir, que son realmente propiedad de la humanidad”²⁶.

VI

El desalentador balance que se extrae de las precedentes consideraciones explica que el artículo 80 de la Constitución encargue al Estado de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y

26 Montané de la Vega, R., *op. cit.*, p. 125.



exigir la reparación de los daños causados” y ubica en otro contexto la obligación de proteger el ambiente, así como los propósitos de restauración, sustitución y conservación, contemplados en el mismo precepto superior.

En cuanto hace a la biodiversidad, la finalidad de conservarla precisa de un cambio de actitud de personas y de Gobiernos. Tradicionalmente, se consideró que el hombre era amo y señor de la naturaleza, de la cual se servía como de un objeto externo inagotable y puesto a su entera disposición. Sin embargo, esa visión excesivamente centrada en el ser humano, sus necesidades y su libre arbitrio ha tenido que ceder ante la convicción de que el abuso puede dar al traste con el entorno natural y, al tiempo, con la propia humanidad, cuya definitiva desaparición, lejos de ser una idea fantasiosa, se percibe como algo posible si no se reacciona oportunamente.

El cambio de mentalidad que anima la conservación de la biodiversidad induce a una transformación de la posición que respecto de la naturaleza tiene el hombre, que no pudiendo sustraerse a su entorno, ni ser independiente de él, carece de alternativa diferente a reconocer que su existencia requiere de ese ámbito, valioso por sí mismo, y con el cual debe mantener sanas relaciones, además porque, en cuanto ser viviente, no es ajeno a la naturaleza, en la cual encuentra su propio origen, si nos atenemos a las teorías de la evolución.

El propósito de conservación no solo atañe a la humanidad presente, pues también está inspirado en las generaciones futuras, que no merecen recibir un mundo deteriorado, necesitado de un esfuerzo de reconstrucción de dimensiones ahora incalculables o privado para siempre de recursos y potencialidades que el hombre actual haya desperdiciado hasta producir su agotamiento irreversible. Conforme lo ha enfatizado la Corte Constitucional:

Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico-artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes²⁷.

Al intentar una síntesis, la Corte ha indicado que desde un punto de vista ético “se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor”; que desde la perspectiva económica “el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación”; y que en el plano jurídico:

El Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual debe

27 Sentencia T-411 de 1992.

elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales²⁸.

Así pues, la persona, la sociedad y el Estado tienen responsabilidad en la conservación de la biodiversidad, finalidad que ha producido la transformación de importantes institutos jurídicos. La propiedad, por ejemplo, ya no puede ser asumida en términos individualistas y absolutos, pues llamada como está a cumplir funciones sociales y ecológicas, soporta límites aun en favor de los derechos de quienes todavía no han nacido, de conformidad con su función ecológica y con la “idea del desarrollo sostenible” que, además, justifican “mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”²⁹.

La noción de soberanía o la propiedad estatal de los recursos naturales no imponen que la misión de conservarlos recaiga exclusivamente sobre el Estado, ya que, al tratarse de una problemática que trasciende las fronteras, se necesita el concurso de otros Estados y de la comunidad internacional. La Constitución de 1991 abre las puertas a esa internacionalización al señalar, por ejemplo, en el artículo 80, que el Estado colombiano “cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”, lo que ha tenido cabal expresión en acuerdos como el celebrado con Brasil respecto de la Amazonía, compartida con ese país³⁰.

La suscripción de tratados constituye otra fuente de protección, como lo ejemplifica el Convenio sobre Diversidad Biológica celebrado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, aprobado en Colombia mediante las leyes 162 y 165 de 1994. El objetivo de dicho convenio es la conservación de la diversidad biológica y su utilización sostenible, sin desconocimiento de la soberanía estatal sobre los propios recursos biológicos y del derecho a aplicar una política ambiental propia³¹.

La internacionalización de las relaciones ecológicas “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional” encuentra expreso sustento en el artículo 226 de la Carta, que sirve de fundamento al reconocimiento de la importancia de la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica que se suele incluir, por ejemplo, en los tratados de libre comercio, habida cuenta de que la degradación del medio ambiente desborda las fronteras estatales y constituye

28 Sentencia C-339 de 2002.

29 Sentencia C-126 de 1998.

30 Sentencia C-535 de 2002.

31 Sentencia C-519 de 1994.



un problema global que justifica “un propósito conjunto de todos los Estados, que a su vez se preparan para enfrentar un futuro común”³².

Las anteriores referencias denotan aspectos concretos de una temática mayor, pero son suficientes para concluir que, sin menoscabo de la idea de conservación, la mención del desarrollo sostenible advierte sobre la tendencia a “superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente”,³³ en forma tal que se equilibre “el desarrollo humano con el entorno ecológico” y dado que “el crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social”³⁴.

VII

Para terminar, conviene dedicar unas palabras a la diversidad genética, cuya protección y conservación viene ordenada por el artículo 81 de la Constitución: “El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización de acuerdo con el interés nacional”. En los tratados de comercio, a los que se acaba de aludir, son frecuentes las cláusulas en las que se reconoce a los Gobiernos la facultad de regular lo concerniente a los recursos genéticos y a la creación de condiciones que faciliten el acceso a ellos para utilizaciones ambientales adecuadas.

Junto a estas cláusulas aparecen otras en las cuales se plasma la obligación de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que impliquen estilos de vida tradicionales y favorecedores de la conservación y del uso sostenible de la diversidad biológica, cercanía que no es fruto del azar, sino que proviene de la arraigada convicción de que, con frecuencia, las comunidades tradicionales son las que mantienen el material genético.

Ya en 1994 la Corte Constitucional advertía que el conocimiento de estos recursos “requiere de enormes apoyos científicos y financieros que Colombia no se encuentra en capacidad de sufragar”, por lo que llamaba la atención sobre la urgencia de “determinar las áreas de especial importancia ecológica y velar por su protección” y de tener especial cuidado “al negociar con países industrializados la explotación económica de ese material genético”, con el

32 Sentencia T-671 de 2001.

33 Sentencia C-058 de 1994.

34 Sentencia T-251 de 1993.

fin de contar con preparación e información científica y tecnológica apta para alentar investigaciones propias y para saber qué avances científicos se logran “con base en recursos genéticos extraídos del territorio colombiano”³⁵. En aquella oportunidad la Corte destacó la “importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional”³⁶.

El citado parágrafo prevé que en las decisiones atinentes a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se “propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades” y que esa explotación se hará “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas” que, desde épocas lejanas ya en el tiempo, han sido ejemplares en su interacción con el ambiente, como lo resaltó el antropólogo Gerardo Reichel-Dolmatoff en un concepto aleccionador, con el cual cierro esta intervención:

(...) Yo diría que el gran legado del indio consiste en la manera como comprendió y manejó esta tierra. El largo camino que recorrió el indio colombiano -desde las cuevas de El Abra hasta el Templo del Sol- constituye una gran enseñanza ecológica para nuestra época, ya que nos muestra los fracasos y los éxitos, los errores y los logros de aquellos hombres que, con sus mentes y sus manos, supieron adaptarse a una naturaleza bravía y, al mismo tiempo, crear sus culturas, sin que en el proceso sufrieran las selvas y las sabanas, como sufren hoy en día. El legado consiste en la manera como apreciaron y explotaron los diversos medio ambientes de las costas y de las vertientes, de las selvas y de los altiplanos; cómo supieron extraer de ellos su sustento sin destruir la fauna, cómo conservaron la tierra con sus terrazas y canales. Es esto lo que nos han dejado los indios, y esto lo que nos debe enseñar la arqueología³⁷.

35 Sentencia C-519 de 1994.

36 *Ibid.*

37 Reichel-Dolmatoff, G. (1982). “Colombia indígena. Período prehispánico”. En *Manual de historia de Colombia*, tomo I. Bogotá: Círculo de Lectores, p. 105.

Desde la protección de la naturaleza a la conservación de la biodiversidad

Nicolás de Sadeleer*

1. Introducción

El término *biodiversidad*, sinónimo de *diversidad biológica*, comenzó a ser utilizado en los círculos científicos a mediados de los años ochenta¹. Como concepto unificador, cristaliza en la actualidad las características esenciales de las preocupaciones humanas sobre el mundo natural. Esta diversidad en el mundo natural puede ser conceptualizada en diferentes niveles jerárquicos. El primer nivel consiste en la diversidad genética, que corresponde a la infinita variedad de genes y genotipos entre las especies o dentro de cada especie (individuos y poblaciones). El segundo nivel se refiere a la diversidad de especies (o diversidad específica), a la que se podría añadir la diversidad de los taxones superiores (reinos, divisiones, clases, órdenes, familias y géneros) y taxones inferiores (subespecies, variedades, razas, ecotipos y formas). La tercera se refiere a la variedad de ecosistemas (bosques, humedales, lagos, montañas, estuarios, etc.), que están compuestos por comunidades de seres naturales (biocenosis) interrelacionados con su entorno *host* físico (biotopo). A veces se distinguen otros niveles de diversidad biológica.

En consecuencia, en una escala más amplia, algunos autores distinguen entre la diversidad de los paisajes considerados en términos ecológicos (variedad de elementos estructurales que constituyen el paisaje físico) o en términos culturales (la variedad dentro del campo) para una región determinada y los biomas, que son los macroecosistemas que caracterizan a la biosfera (taiga, bosque templado, sabana africana, etc.). Si se entiende en términos abstractos,

* Profesor ordinario en la Universidad Saint Louis (Bruselas), cátedra Jean Monnet. Profesor invitado en la Universidad Católica de Lovaina.

1 Wilson, E. O. & Peter, F. M. (eds). (1998). *Biodiversity*. Washington D. C.: National Academy Press.



atendiendo a su estricto sentido científico, el concepto de biodiversidad en realidad equivale a una medición o evaluación del estado de la vida dentro de un área determinada (desde un estanque a la biosfera). Esta medición se puede calcular matemáticamente usando índices (la riqueza de especies, etc.) o técnicas diferentes que midan la diversidad genética. Por lo tanto, considerando el sentido estricto del término, la biodiversidad no puede ser comparada con sus elementos constitutivos (ya sean de género, miembros individuales de las especies o ecosistemas).

Dicho esto, el término *biodiversidad*, que se ha preferido al término *naturaleza*, es más difícil de definir y se caracteriza por reflexiones que se consideran que miran hacia atrás o contemplativas, y que en virtud del derecho internacional se ha consolidado progresivamente en detrimento del concepto de protección de la naturaleza. Sin embargo, es un eufemismo afirmar que el derecho internacional sobre la diversidad biológica no se ha construido de una manera coordinada y coherente. De hecho, el cuerpo del derecho internacional se ha desarrollado poco a poco y de una forma desordenada e incluso caótica. El surgimiento del concepto de biodiversidad se ha visto acompañado por un cambio desde un enfoque sectorial y a menudo fragmentado de la conservación de los recursos naturales hacia una visión más global y universal, que se ha expresado precisamente a través de la aparición del concepto de diversidad biológica.

El propósito de este estudio es establecer uno de los principales objetivos que subyacen a la construcción del derecho internacional sobre la biodiversidad. En este contexto, también se tratarán de identificar desde una perspectiva histórica las diferentes etapas de la ley sobre la biodiversidad. El estudio se extenderá más allá de los estrictos confines de Europa y también se hablará sobre los diversos instrumentos que no están directamente relacionados con el ordenamiento jurídico de la UE.

2. La era preindustrial

Teniendo en cuenta que antes de la aparición del *Homo sapiens* en la Tierra ocurrieron cinco oleadas masivas de extinciones, la modificación de los ecosistemas y la desaparición de especies son fenómenos que ocurren de forma natural dentro de la evolución de la biosfera. Sin embargo, con el advenimiento de la civilización humana, el fenómeno de la extinción ha comenzado a ocurrir a una escala sin precedentes. Como se ha señalado en otra parte, las sociedades preindustriales causaron una conmoción de gran alcance en los ambientes naturales ya que, en contraste con las sociedades de cazadores-recolectores, la satisfacción de sus necesidades elementales requería una profunda transformación de ciertos ecosistemas con el fin de aumentar su productividad. La actividad humana terminó así con la canalización de los productos generados por los ecosistemas a lo largo de líneas estrictamente antropocéntricas, lo cual

se produjo en detrimento de los ecosistemas primarios. Estas transformaciones, destinadas a garantizar la subsistencia, dieron como resultado la desecación de humedales, la deforestación masiva, así como el riesgo de numerosas especies de animales salvajes². Los ecosistemas naturales fueron sustituidos por ecosistemas agrícolas; las manadas de grandes mamíferos salvajes fueron reemplazadas por especies domesticadas, y flora genéticamente limitada tomó el lugar de la anterior variedad de especies de plantas³. En consecuencia, esto ha obligado a que dejemos de lado la idea, muy extendida a menudo, de que fue la era industrial la que terminó perturbando el equilibrio natural. El pacto entre el hombre y la naturaleza se ha visto relegado a ser considerado como uno de los mitos de la civilización occidental contemporánea.

Debido a la baja densidad de población y al bajo nivel de la tecnología utilizada, esta primera etapa, que implica la *artificialización* de la naturaleza, se logró a nivel local. A pesar de los profundos cambios ecológicos (por ejemplo, desmontes en tierras de la antigua Grecia), no se desencadenaron masivas oleadas de extinción en el continente europeo (como por ejemplo, la desaparición del Auro en el siglo XVI). Por el contrario, aunque efectivamente eran depredadores, estas actividades humanas contribuyeron a lograr la diversificación de especies: la sustitución gradual de la vida silvestre por una especie de “naturaleza controlada” permitió, en efecto, que aquellas especies que estaban mejor adaptadas a entornos abiertos extendiesen su área de distribución. En algunas regiones la proliferación de técnicas agrícolas dio lugar a una diversificación de la flora y la fauna antes desconocida, que fue posible gracias a la lentitud del cambio en los ecosistemas. Aquí, la vida silvestre había sido capaz de beneficiarse del reloj biológico de la naturaleza, que opera desde hace siglos, con el fin de adaptarse a estos cambios. Por otra parte, a través de un proceso de selección y domesticación, generaciones de agricultores crearon innumerables variedades de cultivos y de animales domésticos.

El aumento de la presión del hombre llevó gradualmente a los soberanos a garantizar la protección de la caza y otros recursos demandados mediante la creación de normas de regulación de la caza, que se dictaron por primera vez en los tiempos antiguos. En consecuencia, en el año 1900 a. C. surgió la ley de bosques en Babilonia. El faraón Akenatón creó la primera reserva natural en el año 1370 a. C. y en el siglo tercero a. C. el emperador indio Asoka emitió el primer decreto para la protección de varias especies animales⁴. Respondiendo a la creciente toma de conciencia sobre el carácter limitado de los recursos y con la intención de proteger la caza de una masacre generalizada, se promulgaron

2 Orst, J. (1978). *Avant que nature ne meure*. Paris: Delachaux & Niestlé, p. 16.

3 Deleage, J. P. (1991). *L'histoire de l'écologie. Une science de l'homme et de la nature*. Paris: La Découverte, p. 253.

4 Lyster, S. (1985). *International Wildlife Law. An Analysis of International Treaties Concerned with the Conservation of Wildlife*. Cambridge: Grotius Publications Ltd., p. xxi.



muchos textos legislativos que regulaban la caza en la Europa feudal y que se mantuvieron hasta el final del Antiguo Régimen.

Atendiendo antiguas peticiones procedentes de la agricultura y demandas de las industrias emergentes, a partir del siglo xvii se protegieron a su vez los recursos forestales (en Francia, a través de la Ordenanza de Aguas y Bosques de 1669), sobre la base de que solo una política de gestión forestal activa podría contribuir activamente a la expansión industrial y militar. En altamar, desde la época de Grocio, el único principio a prevalecer ha sido el de la libertad en altamar, y por lo tanto la libertad de pesca. En ese momento, la ley sobre los recursos naturales se basaba por completo en el dogma cartesiano del hombre como amo y poseedor de la naturaleza⁵. Sin embargo, esta protoley de la biodiversidad se mantuvo esencialmente nacional y, con algunas excepciones (por ejemplo, el convenio bilateral entre Francia y la provincia suiza de Basilea, firmado en Estrasburgo los días 16-19 de diciembre de 1781 que contiene disposiciones sobre la protección de los bosques y la caza)⁶, los Estados no sienten la necesidad de poner en común la gestión de sus recursos biológicos.

3. Los primeros convenios internacionales y el concepto utilitarista de la Revolución industrial

Con el surgimiento de la sociedad industrial, la producción, es decir, la transformación de la naturaleza, se intensificó considerablemente en comparación con los siglos anteriores. Por primera vez en la historia de la humanidad, las relaciones entre las sociedades humanas y el mundo natural se sometieron a una ruptura completa y el progreso trajo consigo profundos trastornos del mismo.

El daño infligido en nombre del progreso forzó a algunos Estados a adoptar un marco multilateral. En paralelo a la aparición de las primeras regulaciones nacionales destinadas a proteger las especies silvestres que representaban un interés económico, durante la segunda mitad del siglo xix se establecieron los cimientos del derecho internacional dedicado exclusivamente a la conservación de las especies silvestres. El peligro al que se sometió a numerosas especies de mamíferos marinos debido al nivel extremo de caza del que habían sido objeto dio origen a las primeras reglas internacionales que buscaban regular dicha caza. Estos convenios, cuyo propósito era más económico que ecológico, trataron de encontrar un equilibrio entre la explotación de los recursos marinos y su sostenibilidad, como condición necesaria para que pudiesen reproducirse. Marcados por innegables términos utilitarios, a principios del siglo xx se adoptaron también convenios con la intención de proteger a las especies que no

5 Remond-Gouillou, M. (1989). *Du droit de détruire*. Paris: PUF.

6 Rüter, B. & Simma, B. "International Protection of the Environment". *Treaties and Related Documents*, vol. iv, p. 1584.

habían sido explotadas, pero que representaban un interés para la agricultura. Basándose en criterios manifiestamente precientíficos, el Convenio de París de 19 de marzo de 1902 protegía, sobre esta base, solo las aves que eran “útiles” para la agricultura, lo que permitía la destrucción de especies clasificadas como “molestias”. Del mismo modo, al tratar de garantizar la protección de un cierto número de especies silvestres, el Convenio de Londres de 19 de mayo de 1900 para la Preservación de Animales Silvestres, Aves y Peces en África alentó la destrucción de las especies consideradas como molestas.

4. La protección internacional de la biodiversidad a principios del siglo xx

Como reacción a la devastación causada por el aumento de la civilización industrial, se desarrolló un movimiento –en principio limitado a ciertos círculos restringidos de naturalistas– a favor de la aplicación de una política de conservación de la naturaleza⁷. Empujados por los científicos, el período de entreguerras se destacó, en particular, por el cambio de una concepción utilitaria de la naturaleza a una ética “conservacionista”, es decir, por el cambio de una forma antropocéntrica de percibir la protección de los recursos biológicos a un enfoque más ecocéntrico.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1948, diversos movimientos científicos se organizaron en Fontainebleau con el fin de crear la UICN, lo que condujo a la adopción de numerosas normas sobre la conservación de la biodiversidad. Los primeros esfuerzos de cooperación internacional en esta área fueron inspirados principalmente por el deseo de salvaguardar algunas especies espectaculares de animales en peligro de extinción y por el de mantener las tierras vírgenes fuera de las garras de la civilización. Percibidas como un patrimonio natural o colectivo que es necesario salvaguardar, las especies silvestres fueron así protegidas por su valor simbólico, mientras que no se permitía ningún tipo de intervención humana en áreas naturales como los santuarios. Además, no es de extrañar que las primeras medidas de conservación estuviesen menos dirigidas a las áreas naturales que quedaban en Europa que a los continentes que habían sido recientemente abiertos a la colonización. Un síntoma de este enfoque fue la iniciativa del Reino Unido que llevó a la adopción, por parte de las potencias coloniales, de la convención relativa a la preservación de la flora y la fauna en su estado natural en África, en Londres el 8 de noviembre de 1933, lo que marcó el inicio de una nueva era en el derecho internacional de conservación de la naturaleza. En paralelo a las medidas encaminadas a lograr la preservación de las especies directamente a través de la regulación de la caza, se animó a la creación de grandes áreas naturales protegidas, una reserva integral natural, donde se prohíbe toda actividad humana con el fin de

⁷ Untermaier, J. (1980). La protection de l'espace naturel. *Généalogie d'un système*. RJE, n° 2, pp. 111-145.
Naim-Gesbert, E. (1999). *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*. Bruxelles, Bruylant-VUB Press, pp. 154-229.



dejar rienda suelta a los fenómenos naturales, así como los parques nacionales destinados principalmente al público en general.

Un gran número de convenciones internacionales se dirigieron también a la protección de la avifauna, y las razones de esta elección pueden ser fácilmente explicadas atendiendo a factores culturales y a la naturaleza transfronteriza de las migraciones de aves, que abogan por la adopción de normas comunes para gestionar sus poblaciones. Firmada en París el 18 de octubre de 1950, casi medio siglo después de la Convención de 19 de marzo de 1902 para la protección de las aves útiles a la agricultura, la Convención Internacional para la Protección de las Aves marcó una diferencia respecto a los conceptos utilitarios que regían hasta ese momento la concepción de los primeros instrumentos de derecho internacional sobre la conservación de la fauna silvestre. Por tanto, la distinción establecida entre especies útiles y molestas se abandonó en favor de un régimen general para la protección de las aves durante los períodos migratorios y de reproducción. En cualquier caso, el derecho internacional del medio ambiente no está completamente apartado de esta tendencia a proteger ciertos animales salvajes concretos sin referencia alguna a una concepción utilitarista.

A pesar de que los convenios adoptados durante la primera mitad del siglo xx hicieron posible salvar a un cierto número de especies en peligro de extinción, pronto se toparon con sus límites. Dado que el “santuario” natural no encaja muy bien con la naturaleza dinámica de los ecosistemas, que no se conservan como antiguas obras maestras que se exhiben en un museo, tampoco el estatus de parque nacional o de reserva natural que se ha otorgado a ciertos enclaves separados unos de otros por completo de los ambientes desnaturalizados, ni el estatus de especies protegidas otorgadas a las especies animales en peligro de extinción han hecho posible contrarrestar la erosión de la diversidad biológica. Por otro lado, en cuanto a la biodiversidad marina se refiere, la percepción de los riesgos creados por la pesca intensiva es absolutamente inexistente, lo que explica que los convenios internacionales sobre derecho del mar se centren más en la rentabilidad que en la conservación de los recursos.

5. La protección internacional de la biodiversidad en la década de los setenta

5.1. El nacimiento de la legislación ambiental moderna y una nueva generación de acuerdos internacionales sobre la protección de la naturaleza

Esta década fue testigo de una evolución radical en el tratamiento legal de la biodiversidad. Dado que la supervivencia de las especies se veía más afectada por el mantenimiento de la calidad de su medio ambiente que por la regulación de la caza, durante la década de 1970 se establece poco a poco, como base para

la protección de la vida silvestre, la protección de sus hábitats o de ciertos tipos de ecosistemas. Por otra parte, la aprobación de cuatro convenios con vocación universal marcó un punto de inflexión en la historia de la conservación de la naturaleza. Dos de ellos se referían específicamente a la protección de las especies naturales, mientras que los dos restantes estaban dirigidos en particular a la protección de especies vulnerables o en peligro de extinción.

Un paso importante en el proceso de “patrimonialización” de la naturaleza fue la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, aprobada en París durante la Conferencia General de la Unesco, el 23 de noviembre de 1972, la cual trató de conciliar la protección del patrimonio cultural con la protección del patrimonio natural que, de acuerdo con los autores de este convenio, formaban parte del patrimonio común de la humanidad que iba a ser transmitido intacto a las generaciones futuras. Debido a la pérdida irreparable para la humanidad, en términos económicos, científicos y culturales de la desaparición de los humedales, la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, firmada en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971, trató, por su parte, de proteger las zonas de lagos que estaban amenazadas por la actividad humana.

Por otra parte, la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres en Peligro de Extinción, que se firmó en Washington el 3 de marzo de 1973, reguló el comercio internacional de ciertas especies silvestres cuya población había sido objeto de presiones por las mejoras en las técnicas relacionadas con su captura y la apertura de mercados importantes en el mundo occidental.

Por último, al respaldar un enfoque universal de la conservación que cubría las diferentes clases de animales, la Convención sobre Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, firmado en Bonn el 23 de junio de 1979, fue finalmente aprobada con la intención de garantizar la protección de especies de mamíferos, reptiles, peces e incluso insectos que en una parte bastante significativa cruzaban el territorio de uno o más Estados periódicamente.

De forma paralela a la conclusión de estas convenciones universales, en Europa en particular se hicieron esfuerzos a nivel regional con el fin de conservar los hábitats y sus especies, aprobándose el 19 de septiembre de 1979 la convención de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y los hábitats naturales, elaborada bajo la égida del Consejo de Europa. Este convenio marcó una nueva etapa en el desarrollo de los principios de conservación de la naturaleza en Europa y tuvo un impacto significativo sobre la ley de conservación de carácter comunitario. Diversos tratados mantienen un enfoque monoespecífico.

Por último, continuando con la labor de la Conferencia de Estocolmo de 1972, la Organización Marítima Internacional privilegió inicialmente un enfoque



sectorial en la lucha contra la contaminación marina lo que, indirectamente, benefició a los ecosistemas marinos. Sin embargo, este enfoque no haría posible regular la conservación de los grandes ecosistemas marinos. Con el fin de ser más eficaces, las políticas de protección debían formar parte de una estrategia integrada. La adopción en el transcurso de la década de los setenta de varios acuerdos sobre mares regionales ofreció la oportunidad de moverse desde una perspectiva sectorial hacia un enfoque más integrado para la protección de los ecosistemas marinos. A partir de 1974, el impulso formidable del programa del Pnuma sobre los mares regionales condujo rápidamente a la creación de marcos jurídicos para regular la conservación de los ecosistemas marinos adecuados. Finalmente, tras una serie de accidentes espectaculares, la década de los setenta estuvo marcada por una evolución sin precedentes en la lucha contra la contaminación marina.

5.2. La búsqueda de un nuevo estatus para los recursos biológicos durante la década de 1970

El estatus de los recursos biológicos plantea desafíos considerables desde el punto de vista de la conservación de la biodiversidad, debido a que un régimen jurídico será más o menos proteccionista dependiendo del estatus que se le asigne. Sin embargo, como en el caso de la legislación nacional, el derecho internacional tendió a repartirse la naturaleza de acuerdo a criterios que no tenían nada que ver con la ciencia. En cuanto a la alta mar se refiere, el derecho a utilizar estas áreas estaba libremente disponible para todos, y los recursos contenidos en el mar eran propiedad de la primera persona que se apropiase de ellos (*res nullius*). En cuanto a la tierra, se somete a la soberanía de los Estados. Sin embargo, rápidamente se hizo evidente que el concepto de soberanía absoluta es inadecuado para garantizar la conservación de los recursos biológicos que no reconocen fronteras nacionales. Desde esta perspectiva, varios tratados de derecho internacional sobre la conservación de las especies y los hábitats han establecido gradualmente la idea de que ciertos elementos del patrimonio natural deben ser conservados por el Estado en beneficio de toda la humanidad.

Del mismo modo, a nivel regional, las normas de la Comunidad Europea sobre la conservación de la naturaleza han reconocido, desde finales de los años sesenta, que los hábitats de las aves migratorias forman parte de un patrimonio común de la UE. A finales de los años setenta, algunos autores consideraron que la gestión de ciertos recursos vulnerables debía ser garantizada por una autoridad internacional, a modo de guardián de la herencia del mundo, que debía garantizar que no se echasen a perder. Este control debería haber sido ejercido tanto en nombre de las generaciones actuales (es decir, a través del derecho de acceso a los recursos), así como de las generaciones futuras (es decir, a través del derecho al desarrollo elemental). Esta relación dialéctica entre la responsabilidad del Estado y del patrimonio común de la humanidad debería

haber dado lugar a un replanteamiento de la concepción clásica de la soberanía del Estado sobre sus recursos biológicos, así como a una mayor participación de representantes de la sociedad civil en la aplicación de las políticas de protección de la naturaleza. Esto debería haberse traducido en la asunción, por parte de cada Estado, de la responsabilidad específica sobre todas las especies, incluyendo especies en peligro de extinción, ubicadas en su territorio. Siguiendo este argumento, los fondos marinos y el espacio exterior fueron clasificados como patrimonio común de la humanidad. Estos espacios fueron considerados, por consiguiente, como el patrimonio común que la humanidad, no solo las generaciones pasadas y presentes, sino también las generaciones futuras, tiene que administrar. A pesar de la culminación de esta evolución, el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, que está sujeto al principio de que estos recursos deben ser accesibles a todos sobre la base de que constituyen un patrimonio común, no es vinculante.

6. La protección internacional de la biodiversidad en 1980: el intento de un enfoque global

Desde el inicio de la década de los ochenta se ha hecho patente de un modo más acusado que debido a la amplitud de los cambios a los que han estado sujetos las especies y ecosistemas que dependen de ellos, las medidas de protección no deberían limitarse únicamente a ciertas especies o hábitats (tales como los bosques antiguos o los humedales), sino que deberían aplicarse a todas las formas de diversidad biológica. El año 1980 se dio la adopción de la Estrategia de Conservación, que estableció los cimientos para un enfoque global de la conservación. La Carta Mundial para la Naturaleza, que fue aprobada el 29 de octubre de 1982 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue la primera en proclamar que “cualquier forma de vida es única garantizando su respeto a pesar de su valor para el hombre” y que la naturaleza debería ser conservada debido a su valor inherente. Las primeras referencias del concepto de diversidad biológica aparecieron en el Informe Brundtland publicado en 1987⁸. Durante el mismo periodo, al establecer un marco mundial para la lucha contra la disminución de la capa de ozono, la Convención de Viena del 22 de marzo de 1985 se convirtió en el primer instrumento destinado a combatir un fenómeno global que amenaza la vida en su conjunto sobre el planeta. Finalmente, durante el mismo periodo el Convenio UNCLOS fue un escalón mayor en el Derecho de la conservación de la biodiversidad marina, dado que en, primer lugar, codificó las reglas consuetudinarias acerca de la contaminación y la pesca y, en segundo lugar, estableció a partir de ese momento un marco de referencia para la aprobación de convenios que mostraban una mayor inquietud para la preservación de la diversidad de las especies y los ecosistemas marinos.

⁸ World Commission on Environment and Sustainable Development. (1987). *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press.



7. La protección internacional de la biodiversidad en la década de los noventa: el auge del desarrollo sostenible

7.1. La Conferencia de Río y su repercusión

Al comienzo de la década siguiente se dio otro gran paso con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992 y la aprobación paralela, el 5 de junio de 1992, del Convenio de la Diversidad Biológica, que fue elaborado en el contexto del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (a partir de ahora CBD). Por primera vez en la historia del Derecho Internacional, un instrumento legal universalmente aplicable consagró el concepto de diversidad biológica. Aunque la cuestión se suscitó durante las negociaciones, este tratado no codificó el Derecho Internacional existente sobre la conservación de las especies y ecosistemas. Como convenio marco, establece las bases que deberían apuntalar toda la legislación nacional sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, además de las bases sobre las que deberían regularse el acceso a los recursos genéricos y la división justa de los beneficios que resulten de la explotación. La consagración del enfoque ecosistémico por la Conferencia de las Partes⁹ marcó un radical punto de inflexión en la conceptualización y gestión de los recursos naturales, priorizando la gestión integrada a largo plazo, basada en la ciencia y con la implicación de las poblaciones locales, sobre un enfoque sectorial a corto plazo. Sin embargo, la emergencia de un Derecho Internacional de la biodiversidad bajo los auspicios del CBD plantea dificultades en términos de su interacción con el cuerpo de normas preexistentes y con las normas del comercio internacional establecidas bajo el marco de la WTO (Organización Mundial del Comercio), así como con los derechos de propiedad intelectual.

Estableciendo las bases para una nueva asociación internacional centrada en el concepto de desarrollo sostenible, la Conferencia de Río dio un considerable ímpetu al Derecho Internacional Ambiental al comienzo de la década de los noventa. Aprobar el Convenio Marco sobre el Cambio Climático hizo posible a la comunidad internacional organizar su respuesta a uno de los mayores retos para el futuro de la biodiversidad. Por otro lado, fue una oportunidad perdida respecto a la protección internacional de los bosques, incluyendo en especial los bosques tropicales que contienen casi la mitad de las especies de la flora y fauna del planeta. Después de esfuerzos significativos, la Conferencia fue capaz de incorporar “una declaración oficial no legalmente vinculante de los principios para un consenso global sobre la gestión, conservación y desarrollo sostenible de todo tipo de bosques”.

9 Decisión V/6 COP.

7.2. Una nueva generación de acuerdos

Los años noventa también estuvieron marcados por la progresiva concienciación sobre un nivel internacional de sobreexplotación de los recursos pesqueros que, a pesar de la existencia de comisiones de pesca desde la década de los cincuenta, tuvo como consecuencia una espectacular disminución de los stocks pesqueros. En respuesta a esta preocupación, la Organización de las Naciones Unidas, y más específicamente la FAO, se comprometió en una intensa actividad política y legislativa para establecer los principios que habían de gobernar un uso sostenible de los recursos pesqueros, bajo el principio general de la pesca responsable. Diversas declaraciones fueron complementadas por nuevos acuerdos que reforzaron los principios generales de gestión sostenible y la conservación de los recursos pesqueros.

En el ámbito del Derecho del Mar, varios convenios de segunda generación sobre mares regionales han puesto el énfasis en un enfoque integrado para la protección del medio ambiente marino y la biodiversidad. Este enfoque para la conservación, que es más ecosistémico y regional, influyó también en la aprobación del Convenio para la Protección de los Alpes, el cual contiene varios protocolos sectoriales, uno de los cuales se preocupa por la planificación espacial, un área raramente incluida en los textos de los tratados vinculantes. Finalmente, han proliferado en Europa los acuerdos sobre los grupos de especies migratorias que se incluyen bajo el anexo II del Convenio de Bonn, lo que ha tenido como consecuencia una respuesta científicamente apropiada mediante técnicas legales innovadoras (planes de acción, etc.) para los problemas de conservación de las especies cuyas rutas migratorias pueden atravesar docenas de Estados. Su complejidad y naturaleza vinculante de sus previsiones explican sin duda el retraso en su entrada en vigor, que no ha sido concluida.

7.3. El progresivo abandono del concepto de patrimonio común de la humanidad a favor de la soberanía nacional sobre los recursos biológicos

Debido a la latente oposición entre los países del sur y del norte, que se refiere a la apropiación de ciertos aspectos de la diversidad biológica, incluyendo en particular genes (especialmente mediante la aplicación de los derechos de propiedad intelectual), el concepto de patrimonio común de la humanidad fue progresivamente puesto en duda durante los preparativos de la Conferencia de Río. Este concepto también fue abandonado por los autores del CBD a favor del concepto de *preocupación común de la humanidad*. Del mismo modo, fue contundentemente reafirmado durante la Conferencia el principio de la completa y permanente soberanía de cada Estado sobre sus recursos naturales. Construido sobre el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, el CBD preveía asimismo que “los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales”. Reemplazando



la garantía internacional de la FAO de 1983, el tratado internacional de 3 de noviembre de 2001 sobre los recursos genéticos de las plantas para la alimentación y la agricultura también ponía de manifiesto la idea de que estos recursos constituían el patrimonio común de la humanidad. Conforme al modelo del CBD, el nuevo tratado permite que los Estados se apropien de los recursos para la agricultura o el uso alimentario, con la final disposición de “los derechos soberanos sobre los recursos genéticos de sus plantas para la alimentación y la agricultura”, y el poder de decidir acerca del acceso a estos recursos sin excepción, incluso si su conservación es “una preocupación común de todos los países”. Sin embargo, esta soberanía se mitiga de acuerdo con la Declaración de Río y el CBD por el reconocimiento de la responsabilidad de los Estados para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, además de la obligación, en buena parte según el derecho internacional consuetudinario, a prevenir el daño transfronterizo al medio ambiente.

7.4. El papel de las políticas de conservación de la biodiversidad dentro de las reglas del comercio mundial

Caracterizados por las preocupaciones económicas desde la década de los cincuenta, se adoptaron diversos acuerdos en 1994 en el marco de la Organización Mundial del Comercio (WTO) que reflejaban un cierto nivel de indiferencia a las reglas del derecho internacional ambiental en general, y el CBD (que fue adoptado dos años más tarde) en particular. Este fracaso en la incorporación de los valores ambientales al nuevo orden económico mundial no fue solo una de las causas de tensiones significativas en el seno de la comunidad internacional (el fracaso de las negociaciones en Seattle en 1999), sino que permite percibir también una significativa alternativa de la sociedad occidental opuesta a sus élites políticas y económicas. Además, muchas de sus críticas apuntan a que son representantes de la sociedad civil o proceden de los círculos intelectuales. Reforzando el libre comercio, las reglas sobre el comercio internacional deberían incrementar los volúmenes y mercancías considerablemente y, ausentes regímenes de conservación más efectivos, tendría como consecuencia un empobrecimiento de los recursos naturales. Desde un punto de vista cualitativo, el nuevo régimen internacional del comercio puede ser criticado sobre la base de que favorece el común denominador más bajo en detrimento de reglas más estrictas de protección.

El hecho de que muchas medidas unilaterales tendían a proteger especies amenazadas (tales como los delfines o las tortugas marinas), y el de que fueran impugnadas ante el órgano de resolución de controversias de la WTO sobre la base de que eran discriminatorias, han provocado solamente la ira de las asociaciones de protección respecto al nuevo régimen internacional del comercio. Los acuerdos de la WTO, que se basan en la clásica cultura del riesgo que obliga a los Estados a ofrecer una prueba de que las medidas destinadas a proteger la salud humana o la flora se basan en un riesgo conocido, son difíciles

de conciliar con el principio de precaución en el que la Comunidad Europea ha puesto muchas de sus esperanzas (ver el caso de las hormonas). Por lo que respecta al Acuerdo Trips sobre propiedad intelectual, ciertos países del sur y algunas ONG lo han criticado aduciendo que contribuye a la uniformización de la agrobiodiversidad y que favorecen ciertas variedades de plantas protegidas por derechos de propiedad intelectual. La desigualdad en las relaciones norte-sur está destinada a incrementarse: primero, por las semillas de las compañías que poseen derechos de propiedad intelectual y, segundo, por el número de países en el mundo desarrollado que no tienen capacidad técnica o financiera alguna para implementar sus políticas de conservación de la biodiversidad y proteger a los granjeros amenazados por los monopolios. Asimismo, el conflicto entre las normas del derecho del comercio internacional y los convenios que tienden a proteger la diversidad ha estado sujeto a debate en círculos literarios y diplomáticos que respaldan la constitución de la WTO. La aprobación del Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad, del 29 de enero de 2000, plantea la cuestión en torno a su compatibilidad con las reglas de la WTO.

8. El futuro del derecho de la biodiversidad en los albores del siglo XXI

En los inicios del siglo XXI se ha implantado un círculo vicioso en la mayoría de los países pobres: dado que los recursos naturales son cada vez más escasos, para asegurar su subsistencia las personas se ven obligadas a explotarlos aún más, lo que acelera su disminución. A pesar de las laudables intenciones del CBD, las presiones sobre la biodiversidad continúan intensificándose, y se han incrementado debido a la expansión demográfica y a las nuevas necesidades relacionadas con el crecimiento económico. Esta distorsión entre las necesidades crecientes de las poblaciones humanas y la disminución de los recursos naturales ha causado una “colisión entre la historia natural y la historia humana”, tendiendo a una disminución acelerada de la diversidad biológica¹⁰. Debido a este nivel de disminución, además de su ámbito y alcance global, este fenómeno no tiene precedentes en la historia de la Tierra y sus repercusiones no solo son éticas, sino también culturales, económicas y científicas. Esta erosión acelerada de la diversidad biológica es incluso más dañina debido al hecho de que nuestro conocimiento permanece extremadamente fragmentario. De cinco a diez millones de especies de plantas y animales que se supone que habitan la Tierra, solo 1.400.000 de ellas han sido examinadas y descritas. Aunque el nivel de extinción está comúnmente limitado a varias especies por año, este ritmo empezará a incrementarse peligrosamente en los años próximos¹¹.

10 Chesneaux, J. (1992). “Maitriser la collision entre l’histoire naturelle et l’histoire humaine”. *Ecologie politique*, n. 2, p. 127.

11 Wilson, E. O. (1998). *Biodiversity*. Washington: National Academic Press, p. 521.



Mientras la Conferencia de Río trató de incorporar requisitos medioambientales a las políticas de desarrollo con referencia al principio de desarrollo sostenible, debido a la escasez de resultados obtenidos, la comunidad internacional consideró indispensable posponer el problema por diez años para la cumbre mundial de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible. Ante la preocupante disminución de los ecosistemas, puesta de manifiesto por la UNEP, las cuestiones ambientales fueron ferozmente debatidas. En contraste con la Conferencia de Río, que dio un considerable ímpetu al derecho ambiental internacional, la Conferencia de Johannesburgo se dedicó a promover la aplicación de los tratados desde la década de los ochenta más que promover la aprobación de nuevas normas. La punta de lanza de la política se dirigía a reducir “significativamente la pérdida de la diversidad biológica antes de 2010” (punto 42 del Plan de Acción), estando el CBD destinado a desempeñar un papel más importante, en particular la justa distribución de los beneficios creados por la explotación de los recursos naturales. Mientras los Estados se comprometieron a restaurar un equilibrio en los stocks pesqueros antes de 2015, no se creó ninguna previsión concreta en el plano legal para frenar la disminución de ciertos ecosistemas, tales como el suelo y los bosques.

Habiendo concluido este repaso histórico, es evidente que la mayoría de los convenios internacionales discutidos en esta parte del estudio son bastante más reactivos que proactivos. De hecho, ha sido la disminución de los recursos biológicos lo que ha desembocado en la regulación de su explotación, y el derecho no necesariamente trató de excluir todos los riesgos. Ha de ser también reseñado que la ausencia de una voluntad política, la ausencia de poder de los actores implicados, la ausencia de medios financieros y la delicada interacción con el resto de agentes del derecho apenas han facilitado la aplicación efectiva de las normas sobre la conservación de la biodiversidad.

No obstante, es claro que de esta breve explicación histórica el Derecho Internacional ha evolucionado en la línea de conceptos (hábitats, ecosistemas, especies amenazadas y biodiversidad) establecidos por científicos, sin los cuales todas las políticas de conservación estarían destinadas al fracaso. El concepto utilitario que ha apuntalado la redacción de los primeros convenios sobre la fauna y la flora comenzó a ser sustituido durante la década de los setenta por un conjunto de convenios de ámbito universal, y un enfoque ecocéntrico fundado en el reconocimiento de que la naturaleza es parte de nuestro patrimonio. Con el CBD el concepto de *reserva natural* condujo a una concepción más global de los esfuerzos en la conservación que ahora es aplicada a todo el conjunto de la biodiversidad. En ese sentido, las medidas de conservación no deberían ser concebidas únicamente estando limitadas a ciertas especies o a ciertos ecosistemas amenazados: es más que la biodiversidad en sí misma lo que merece ser protegido. Aunque el valor inherente de la biodiversidad fue reconocido en el CBD, su redacción, sin embargo, no estuvo inspirada sobre todo en preocupaciones antropocéntricas, primero con la intención de asegurar

la perdurable disponibilidad de los recursos naturales, como un requisito indispensable para el desarrollo sostenible, y segundo como la garantía de un cierto grado de equidad internacional en su uso.

Surge ahora un enfoque que es complejo y dinámico para ser inspiración del derecho internacional sobre la biodiversidad. Es más complejo en la medida en que la conservación de la biodiversidad requiere un enfoque integrado, lo que implica que han de realizarse sustanciales esfuerzos para proteger otros sectores del medio ambiente.

Por otro lado, es más dinámico porque la naturaleza no se protege más en sí misma. Al no adaptarse a la avaricia ni a la pobreza, el concepto de desarrollo sostenible (la participación de las poblaciones locales de las áreas protegidas, la distribución de los beneficios y la transferencia de nuevas tecnologías) va a tender a restablecer el equilibrio entre el hombre y la naturaleza, y a promover una nueva solidaridad entre el norte, como víctima de su propio sobredesarrollo, y el sur, como víctima de su endeudamiento. El hombre no va a ser excluido más de la naturaleza: él ha pasado a la vanguardia, tanto como conservador como usuario de los recursos biológicos.

También es necesario que el concepto de desarrollo sostenible no sea suavizado y reconducido por los Estados para sus propios fines, lo que rápidamente excluiría sus aspectos vinculantes. La debilidad de los mandatos elaborados en Johannesburgo casi no aporta razones para el optimismo en este punto. Sin embargo, debemos asegurarnos de que el dinamismo de los convenios, como el CBD, garantizará que salvemos este obstáculo.

Limitada protección de la diversidad biocultural de la nación*

Gabriel Ricardo Nemogá Soto. PhD**

Introducción

En este texto argumento que la regulación sobre biodiversidad y el uso de recursos genéticos es inapropiada en Colombia y registra vacíos que afectan la protección eficaz de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades negras. Las deficiencias en la regulación responden a diferentes factores, pero uno de ellos es la base conceptual que predomina en el país en torno a la biodiversidad. Desde un punto de vista técnico, apoyado en la biología molecular y la genética, la biodiversidad se enfatiza como material susceptible de identificación, caracterización, aislamiento, transferencia y manipulación.

A su turno, las instancias gubernamentales de planeación y desarrollo, desde una visión económica, han enfocado la biodiversidad, el material genético y el conocimiento tradicional asociado como susceptible de apropiación, utilización

* Este trabajo fue motivado por la especial invitación a participar en el X Encuentro de la Jurisdicción Constitucional 2014, presidido por el doctor Luis Ernesto Vargas Silva, evento realizado en septiembre en Ibagué en el cual presenté parte del contenido. Agradezco la excepcional diligencia y la calidad del apoyo recibido de parte del equipo académico coordinador de este evento. En esta versión recojo los fundados comentarios, en particular de Gloria Patricia Lopera, formulados en conversaciones y juiciosas anotaciones. Agradezco a Sandra Milena Nemogá por su apoyo en la actividad investigativa y a lectoras de la versión preliminar de este texto por sus sugerencias. No obstante, soy el único responsable del contenido de este escrito.

** Gabriel Ricardo Nemogá es profesor de la Universidad de Winnipeg, Canadá, y director del Programa de Maestría en Gobierno Indígena. Es descendiente del pueblo muisca. Se graduó como sociólogo y como abogado, cursó Maestría en Estudios Sociojurídicos en la Universidad de Brunel, Inglaterra, y obtuvo su Doctorado en Ecología de la Universidad de California, Davis. Fundador y director del Instituto de Investigaciones Unijus y de la Maestría en Biociencias y Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, en la que se desempeñó como profesor asociado, primero en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, y luego en el Instituto de Genética. Ha realizado investigación con comunidades y organizaciones indígenas en México, Colombia y otros países en Latinoamérica. Sus temas de investigación incluyen diversidad biocultural, política y regímenes legales sobre biodiversidad y conocimiento tradicional, derecho de propiedad intelectual e implicaciones para países megadiversos y pueblos indígenas. Sus últimas investigaciones publicadas en el libro *Investigación genética y política sobre biodiversidad* fueron distinguidas con la Mención de Honor, Área de Ciencias Sociales, del Premio Alejandro Ángel Escobar en el año 2012. Ha sido profesor adjunto de la Universidad Nacional de Colombia y es experto internacional afiliado al Grupo de Investigación Plebio.



industrial y fuente de ganancias económicas. Por esta vía, las políticas y la legislación han enfatizado el acceso para el uso y la explotación económica. Como resultado, la visión predominante deja de lado las dimensiones éticas y culturales vinculadas a la biodiversidad en detrimento de los derechos reconocidos a las colectividades que han interactuado con la biodiversidad y prohijado su conservación con sus diversos modos de vida.

A pesar de los procesos históricos de reducción y desplazamiento de la población indígena y negra, los territorios colectivos de comunidades indígenas y negras todavía alcanzan alrededor de 35.000.000 de hectáreas en áreas que coinciden con ecosistemas y biorregiones de alta riqueza biológica.

La importancia de la especial diversidad biológica y cultural del país para las próximas generaciones plantea la necesidad de adoptar enfoques integrales sobre conservación que tomen en cuenta las interrelaciones entre la diversidad biológica y la cultural. La diversidad biocultural es un enfoque más integral y comprensivo de la diversidad étnica y cultural de la nación.

Predominio de un enfoque técnico-económico sobre la biodiversidad

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) es el instrumento internacional por excelencia en torno a la biodiversidad e incorpora en el derecho internacional la conceptualización de la biodiversidad como material utilizable para fines industriales. El concepto de biodiversidad fue generalizado desde la biología, dejando de lado procesos culturales que inciden igualmente sobre la generación y conservación de la biodiversidad. Desde una visión científica, la biodiversidad toma en cuenta diferentes niveles de organización biológica y se concreta en la variabilidad de especies, genes, ecosistemas y paisajes. El CDB adopta esa visión y define biodiversidad como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”. El CDB recoge también el concepto de recursos genéticos indicando que es “el material genético de valor real o potencial”, y a su vez el concepto de material genético como “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia” (art. 2º, CDB).

La perspectiva biológica y genética adoptada es limitada incluso definiendo lo que son recursos genéticos. El concepto recogido corresponde a la genética mendeliana del siglo XIX, pues enfoca como material genético solo los genes o unidades funcionales de herencia. En el *pool* genético de cada organismo se encuentran segmentos que no intervienen directamente en la transferencia

de características hereditarias, pero constituye un contexto necesario para la replicación de los genes.

Con la definición adoptada en el instrumento internacional, se excluyó el material genético que no constituye unidades funcionales de herencia y que desde una perspectiva utilitarista fue catalogado como “basura”¹. La restricción de la noción de recursos genéticos a las unidades funcionales de herencia limita los derechos de los países de origen y de las comunidades, excluyendo de su ámbito el material genético que sirve de contexto al ADN funcional que transfiere características hereditarias.

Por su parte, la Decisión 391 de 1996, adoptada por la Comunidad Andina, indica que los recursos genéticos son “Todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”. Con este concepto se extiende potencialmente la noción de recursos genéticos a la información genética, lo que resulta crítico para los derechos de los países de origen dado el avance tecnológico actual en bioinformática. No obstante, la noción de información genética contenida en la definición de la Decisión 391 no ha sido adoptada como criterio, en la medida en que predomina la noción de recursos genéticos como materia física tangible.

El CDB como foro de negociación en el que se concretan los acuerdos entre representantes gubernamentales está animado por dos factores. El primer factor es el colosal avance en el conocimiento sobre los mecanismos de transmisión hereditaria y el potencial industrial y comercial del material e información genética para distintas aplicaciones biotecnológicas y médicas. La identificación, aislamiento, transferencia y manipulación controlada de genes o segmentos de gen entre organismos biológicos para modificar sus características, obtener componentes bioquímicos medicinales, diagnosticar enfermedades o generar proteínas de interés comercial resaltan el potencial de la diversidad genética.

El segundo factor es la distribución desigual de la diversidad biológica, concentrando de forma significativa la diversidad genética en las zonas ecuatoriales del planeta, precisamente fuera de la jurisdicción de los países que cuentan con el mayor desarrollo biotecnológico y que se reconocen como usuarios de la biodiversidad.

Dados estos factores, los países dominantes científica y tecnológicamente han buscado asegurar el acceso a la diversidad biológica ubicada por fuera de

1 Nuevos resultados sobre las funciones de lo que inicialmente se creyó “basura” provienen de la Enciclopedia de los Elementos del ADN (Encode), un proyecto iniciado por el Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano (NHGRI, siglas en inglés) de los Estados Unidos de América con financiación de US\$ 123.000.000 y la vinculación de 442 investigadores en 32 laboratorios alrededor del mundo. Ver: <http://www.genome.gov/encode/>, consultado 29 de agosto 2014.



sus fronteras nacionales; por su parte, los países megadiversos² a cambio de dicho acceso han buscado obtener tecnología y, sobre todo, participar en los beneficios económicos que surjan de la utilización de los recursos genéticos o de sus productos derivados.

En consecuencia, el CDB estableció la obligación de facilitar el acceso a los recursos genéticos (art. 15.2 CDB) e incluyó el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados para el acceso (arts. 15.5, 15.4 y 15.7 CDB). Estos arreglos legales resultaban necesarios para operar bajo el reconocimiento de la soberanía de los países sobre su biodiversidad, dado que uno de los cambios fundamentales introducido por el CDB en el derecho internacional fue la supresión de la condición de la biodiversidad como patrimonio común de la humanidad. Estados Unidos de América (en adelante EE. UU.) ha evadido este reconocimiento expreso y, siendo uno de los mayores usuarios de la biodiversidad, no ha ratificado el CDB.

El CDB es a la vez un acuerdo sobre intereses de diversos sectores, incorpora las perspectivas y aspiraciones tanto de sectores ambientalistas como gubernamentales, al igual que del capital corporativo. Se consolida bajo el objetivo de promover la conservación de la diversidad biológica para su uso sostenible y a la vez de establecer compromisos que aseguren el acceso al material biológico y genético para potenciales desarrollos industriales. Reconociendo derechos soberanos a los países de origen vinculados con el acceso, el CDB incluye entre sus objetivos la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (ADB).

La ratificación del CDB por 194 Estados³ lo convierte en el foro internacional por excelencia para la negociación de compromisos y obligaciones que pueden tener implicaciones políticas entre las partes contratantes, diferenciadas entre sí desde el inicio entre países usuarios y países proveedores.

El desarrollo de la biotecnología y el potencial de componentes de la biodiversidad para aplicaciones industriales posicionaron la biodiversidad como el “oro verde” del siglo xxi, distorsionando y despreciando el significado ético y cultural que la diversidad de la vida tiene para los pueblos ancestrales. La fijación de la biodiversidad como un tesoro económico latente fue popularizada en diferentes medios en el país. En el año 2010, refiriéndose a un evento de la Contraloría General de la República y la Escuela Superior de Administración Pública en

2 Los países que concentran los mayores indicadores de biodiversidad, como Colombia, son denominados megadiversos. Estos países son considerados como críticos para la conservación de biodiversidad por los indicadores de extinción en sus territorios. En el año 2002 los llamados países megadiversos afines, principalmente países en desarrollo, formaron un bloque de negociación para lograr el establecimiento de un protocolo vinculante sobre acceso y distribución de beneficios que finalmente llevó a la adopción del Protocolo de Nagoya en 2010.

3 Ver: <http://www.cbd.int/information/parties.shtml>. Consultado el 22 de agosto 2014.

Santa Marta, la revista *Semana* publicaba: “Edward Wilson, aclamado biólogo de la Universidad de Harvard que acuñó el término *biodiversidad*, manifiesta que ésta es a Colombia lo que el petróleo es a Arabia Saudita”⁴. Cristian Samper, director del Museo de Historia Natural del Instituto Smithsonian, refiriéndose a la biodiversidad del país había destacado en el año 2008 que “los colombianos estamos sentados en una mina de oro”⁵.

A partir del sesgo económico sobre la biodiversidad y el enfoque en su conocimiento y conservación para fines de utilización industrial y comercial, el CDB y los regímenes nacionales y regionales de acceso incorporaron una visión sobre la diversidad genética que enfatiza la naturaleza como materia explotable. Esta visión corresponde a un enfoque técnico-económico sobre la biodiversidad que enfatiza la utilización instrumental de sus componentes como recursos. Este enfoque técnico-económico pasa completamente por alto la diversidad de culturas que interactúan con la biodiversidad o, en su defecto, las reconoce solo como accidente y contexto. Desde esta perspectiva, las estrategias sobre conservación e investigación omiten las interconexiones entre la vida de los pueblos indígenas y comunidades locales con los ecosistemas y la biodiversidad, y contribuye a desconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y comunidades negras y locales sobre sus territorios y recursos. Este enfoque es el que predomina en la política pública y la legislación sobre biodiversidad y recursos genéticos en Colombia.

El enfoque predominante se contrapone a los principios contenidos en los artículos 7 y 8 de la Constitución Política de 1991 sobre la protección de las riquezas naturales y culturales. Dicha protección no será efectiva si no se transita hacia una concepción que oriente la política pública sobre la diversidad biológica y cultural sobre una base diferente a su exclusivo potencial comercial. Se requiere por tanto un enfoque conceptual que permita comprender las relaciones dinámicas y cambiantes de la coevolución entre la especie humana y la diversidad de plantas, animales y ecosistemas en los que diversas culturas indígenas y locales están presentes. Si bien los instrumentos de derecho internacional mencionados se inspiran en un enfoque utilitarista económico, también incluyen elementos que, interpretados desde un enfoque garantista indígena y complementados con otros instrumentos, pueden servir para cimentar una concepción biocultural más consistente con la Constitución colombiana.

Derecho internacional, fundamentos para la bioculturalidad

Algunos instrumentos de derecho internacional que integran el marco jurídico colombiano pueden contribuir a fundamentar las interrelaciones entre la

4 Revista *Semana*, “Biodiversidad: tesoro en riesgo”, 21 de agosto de 2010.

5 Revista *Semana*, “Biocompetitividad”, 2 de agosto 2 de 2008.



diversidad biológica y cultural, reconociendo los sujetos colectivos en que se expresa la diversidad cultural. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por la Ley 21 de 1991, contribuye a afirmar y consolidar un enfoque biocultural al reconocer los vínculos de los modos de vida de los pueblos indígenas y tribales con los territorios y sus recursos. Contiene previsiones que cobijan no solo a los pueblos indígenas sino también, en el caso de Colombia, a las comunidades negras, tal como lo han confirmado sentencias de la Corte Constitucional.⁶

Este Convenio salvaguarda las personas, las culturas y el medioambiente de los pueblos indígenas y tribales conforme a su propia visión (art. 4º, Convenio 169). Se reconoce que los modos de vida desplegados en sus territorios por los diversos pueblos son parte integral de su identidad cultural, y se garantizan como principios centrales el derecho a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales de sus tierras colectivas, y el derecho a la consulta previa y la participación en las decisiones que les afecten (arts. 2º, 2ºa, 6º y 15, Convenio 169). El Convenio también garantiza a los pueblos indígenas y tribales el derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo en las tierras que ocupen o utilicen, en función de sus modos de vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual (art. 7º, Convenio 169). Este Convenio impone a los gobiernos respetar la importancia especial y los valores espirituales que los pueblos indígenas tienen con sus tierras. De manera relevante para afirmar un enfoque biocultural, precisa que el concepto de tierras deberá incluir la acepción de territorios, “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra forma” (art. 13, Convenio 169). En forma indiscutible, este convenio reconoce una vinculación integral entre el modo de vida de pueblos indígenas y tribales, su identidad cultural y concepción espiritual con sus territorios y las distintas formas de vida o biodiversidad presentes en dichos territorios.

Un segundo instrumento es el propio CDB, ratificado mediante la Ley 165 de 1994. Adicional al énfasis científico sobre la biodiversidad, el CDB toma en cuenta las poblaciones que interactúan con la misma. El CDB reconoce el papel que los modos de vida de comunidades indígenas y locales juegan en la conservación de la biodiversidad. Además, llama a los países a respetar y preservar “los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica” (art. 8º, j. CDB). Los países parte en ese instrumento se comprometen a promover la amplia aplicación del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas

6 T-955 de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Mediante esta sentencia se tutelan los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras del Cacarcica ante las acciones de las empresas de maderas del Darién que desde 1997 produjeron la deforestación de sus territorios. En ese sentido, la Corte recalca la protección reconocida a las comunidades negras en virtud del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por la Ley 21 de 1991 y el derecho que les asiste a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales.

“con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas” (art. 8º, j. CDB).

Con el CDB los países parte también adquirieron el compromiso de fomentar “que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. El CDB también señala a los países que “en la medida de lo posible y según proceda” deben proteger y alentar “la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales” compatibles con la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad (art. 10, c. CDB).

Dentro del ámbito del CDB es necesario reseñar el Protocolo de Nagoya (PN) adoptado en el año 2010 y vigente a partir de octubre de 2014 luego de su ratificación por más de cincuenta países⁷. Las negociaciones para este protocolo se llevaron a cabo bajo el enfoque de la diversidad biológica y genética como fuente de recursos genéticos para procesos y aplicaciones industriales y comerciales. Las dinámicas de su negociación giraron en torno al tercer objetivo del CDB sobre distribución justa y equitativa de beneficios. Fundamentado en la orientación básica del CDB, el PN corresponde a un acuerdo internacional sobre obligaciones y compromisos entre países usuarios de material genético, de un lado, y países proveedores de dicho material, del otro⁸.

El PN establece las reglas de acceso a los recursos genéticos por parte de los países usuarios y la participación en la distribución de beneficios derivados de su utilización por parte de los países proveedores mediante el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados en desarrollo del CDB (arts. 6º y 7º, PN). El PN contiene las reglas sobre condiciones y mecanismos de seguridad jurídica para los usuarios que acceden a los recursos genéticos y garantías para el seguimiento y monitoreo de recursos genéticos para el país proveedor, tendientes a asegurar el cumplimiento de los términos acordados para el acceso.

El PN opera para recursos genéticos y para el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos bajo ámbito del CDB. En relación con el acceso al conocimiento tradicional, contempla la necesidad de obtener el consentimiento informado previo y términos mutuamente acordados con las comunidades indígenas y locales. Introduce formalmente la opción de establecer protocolos biocomunitarios con el fin de otorgar transparencia y seguridad a las acciones de acceso al conocimiento tradicional y de asegurar el acuerdo sobre distribución de beneficios por dicho acceso.

7 Ver: <http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/>. Consultado el 31 de octubre de 2014.

8 Greiber, T. et al. (2012). *Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. Gland: UICN.



En general, el PN hace más visibles a las comunidades indígenas y locales en relación con procesos de acceso a sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. Colombia no ha ratificado el PN, pero el hecho de que este protocolo entre a ser parte de los instrumentos internacionales en materia de biodiversidad ejercerá decisiva influencia en los desarrollos institucionales y legales sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado.

Un tercer instrumento internacional es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (Dnudpi). Aunque en 2007 el Gobierno colombiano de entonces se abstuvo de adoptar esta declaración, finalmente debió acogerla en respuesta a las demandas del movimiento indígena. La Dnudpi reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su identidad cultural, a ser diferentes y a ser respetados como tales. Entre sus considerandos también reconoce que el respeto a los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible, equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente. El reconocimiento que hace la Dnudpi sobre identidad e integralidad cultural subraya la importancia de que los pueblos indígenas tengan control sobre sus tierras, territorios y recursos para mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones.

La Dnudpi vincula los derechos de los pueblos indígenas referidos directamente a sus tierras o territorios y recursos con las relaciones espirituales que los pueblos tienen con las tierras o territorios, aguas, mares costeros y otros recursos poseídos, ocupados o utilizados tradicionalmente (arts. 25 y 26, Dnudpi). Incluye explícitamente la obligación de conservar y proteger el medio ambiente y la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos (art. 29, Dnudpi). Obliga a los Estados a reconocer y proteger jurídicamente los territorios y recursos de los pueblos indígenas y a respetar sus tradiciones y costumbres (art. 26, 3 Dnudpi). En forma explícita reconoce “el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas”, definiendo en esta premisa la titularidad sobre los conocimientos tradicionales y especificando que ese derecho comprende “los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales” (art. 31, Declaración).

Esta Declaración no es un instrumento vinculante, pero constituye un referente necesario de interpretación jurídica al haber sido adoptado por Asamblea General de la ONU. Adicionalmente, la Declaración ha sido incorporada en la legislación nacional en algunos países como Bolivia⁹. Para el caso de Colombia, la Dnudpi es citada en diversas sentencias de la Corte y se ha precisado que constituye “un paso fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y significa un documento clave en la tarea de fijar el sentido

9 Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007.

y alcance del derecho al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia”¹⁰.

También es referente en el contexto internacional la Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, ratificada mediante la Ley 1037 de 2006. Incluye como ámbitos en dicho patrimonio: “a) las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural; (...) c) los usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el espacio; e) técnicas artesanales tradicionales” (art. 2º, núm. 2, Convención Unesco).

La Convención obliga a las partes a adoptar medidas de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial con mención explícita de la participación de las comunidades (art. 11 Convención Unesco). En el contexto de la Convención, las medidas de salvaguardia hacen referencia a mecanismos para garantizar el patrimonio cultural inmaterial. Esta Convención no reconoce derechos de propiedad a las comunidades indígenas, pero enfatiza la necesidad de su participación en la formulación de políticas y reconoce el papel que desempeñan las comunidades indígenas y grupos en la producción, mantenimiento y recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo a la diversidad cultural y la creatividad humana.

De la Convención se derivan obligaciones de protección y salvaguardia que los Estados tienen en relación con el patrimonio cultural inmaterial. Esta convención es vinculante y constituye un desarrollo subsecuente de la Declaración Universal de la Unesco sobre Diversidad Cultural de 2001, que reafirma la solidaridad “fundada en el reconocimiento de la diversidad cultural, en la conciencia de la unidad del género humano y en el desarrollo de los intercambios interculturales” (Considerandos, Declaración Unesco). Esta Declaración de la Unesco plantea que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad y resalta su importancia como “fuente de intercambios, de innovación y de creatividad”. Para resaltar la importancia de la diversidad cultural afirma en su artículo primero que “la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano

10 Sentencia T-236 de 2012, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Tutela instaurada contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas, Corpocaldas, por la vulneración de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural de las comunidades del Resguardo de Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña. Dentro de los argumentos que expone la Corte, relaciona las múltiples decisiones en las cuales se ha referido al derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas al reconocimiento y la debida protección de su diversidad étnica y cultural. También, la sentencia T-376 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa, fallo que reivindica los derechos de las comunidades afrodescendientes de la comunidad La Boquilla vulnerados por la concesión otorgada por la Dirección General Marítima (Dimar) a Inversiones Talamare, sin haber consultado previamente a la comunidad. La Corte reitera su jurisprudencia de fundamento constitucional y bloque de constitucionalidad respecto al Derecho de Consulta Previa, resaltando su procedencia frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo de las comunidades según Convenio 169 de la OIT y la Dnudpi. En esta sentencia se identifica a la Dnudpi como fuente de derecho (o de obligaciones concretas para el Estado) y reitera respecto a la Dnudpi, que si bien dentro del marco del derecho internacional no reviste la misma fuerza de los tratados, su aplicación para la Corporación debe ser directa y señala las consideraciones por las cuales se debe tomar en cuenta obligatoriamente la Dnudpi en el momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas.



como la diversidad biológica para los organismos vivos”. Implícitamente, trata a la especie humana diferenciada de la diversidad biológica, pero al entender la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad resalta que debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras (art. 1º. Declaración Unesco).

En el ámbito regional, la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones reconoció la facultad de las comunidades indígenas, afrodescendientes y locales para decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y a sus productos derivados (art. 7º, Dec. 391). La Decisión prevé la firma de contratos accesorios al contrato de acceso a recursos genéticos con partes intervinientes que proveen recursos biológicos sobre los cuales tengan derechos de propiedad o la administración de los mismos (art. 41, Dec. 391). Por esta razón, las actividades de investigación o de bioprospección en territorios indígenas deben contar con el consentimiento informado previo de las comunidades, en cuanto titulares de derechos de propiedad colectiva sobre sus territorios y recursos biológicos, cuando se planea acceder a la diversidad genética existente en sus tierras. La consulta previa opera si las actividades de colecta previstas se han de surtir en territorios colectivos. La decisión también prevé la obtención del consentimiento informado previo de las comunidades mediante un anexo que forma parte del contrato de acceso cuando se prevé acceder al conocimiento tradicional (art. 35, Dec. 391). El incumplimiento de los contratos accesorios y anexo es causal de resolución y nulidad del contrato de acceso. Posteriormente, la Decisión 486 de 2000 incluyó medidas para que al conceder patentes sobre invenciones relacionadas con conocimientos tradicionales o con recursos genéticos se respete el patrimonio genético y biológico de los países de origen, así como los derechos de las comunidades indígenas, afroamericanas y las comunidades locales (arts. 3º, 26, h y j; Dec. 486).

A nivel latinoamericano también es importante destacar los avances constitucionales de Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante Bolivia) relacionados con la biodiversidad. Ambos países adoptaron en sus nuevas constitucionales cosmovisiones de los pueblos ancestrales de los Andes sobre la vida, la conexión con la Madre Tierra y el respeto con la naturaleza para garantizar el buen vivir. En Ecuador se incorporó la concepción Sumak Kawsay buen vivir (preámbulo, capítulo 2 y título VI, Constitución Política de la República del Ecuador de 2008), mientras que en Bolivia se incluyó la concepción del Suma Qamaya o buen vivir como uno de los principios de la Constitución de 2009 (preámbulo y artículo 8º, Constitución Política).

La inclusión del Suma Qamaña, la cosmovisión Aymara del vivir bien, como un principio constitucional conlleva un profundo cambio en las instituciones

jurídicas bolivianas (Santos, 2010)¹¹. Como parte de la reformulación del contenido de la Constitución, Bolivia incorporó los derechos de la Madre Tierra en el ordenamiento jurídico. Las normas constitucionales se han desarrollado en las Leyes 071 de 2010, sobre los derechos de la Madre Tierra, y la Ley 300 de 2012, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Por contradecir el nuevo marco constitucional, el reglamento sobre acceso a recursos genéticos establecido previamente con base en la Decisión 391 de 1996 ha pasado a revisión y posible modificación por solicitud de los pueblos y naciones originarias reunidas en la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (Cidob).

El contenido de los anteriores instrumentos de derecho internacional y las tendencias del derecho constitucional en algunos países de la región muestran el creciente reconocimiento de la necesidad de protección de las relaciones intrínsecas entre los pueblos indígenas y las comunidades locales con los ecosistemas y sus componentes naturales. Las relaciones y significados particulares de plantas, animales, montañas, ríos y demás elementos del territorio en cada cultura son reconocidos como parte de los modos de vida distintivos de los pueblos indígenas.

El derecho internacional subraya las obligaciones que Colombia tiene de proteger las diversas formas de relación que los pueblos indígenas y comunidades locales tienen con sus tierras, territorios y organismos biológicos y los conocimientos asociados a su uso, y evidencia la necesidad de desarrollar un enfoque que integre diversidad cultural y la diversidad biológica como criterios de política y legislación interna.

El enfoque sobre bioculturalidad

En el marco jurídico colombiano, la necesidad de un enfoque que integre la diversidad biológica y cultural responde a los principios contenidos en los artículos 7º y 8º de la Constitución de 1991 sobre la protección y preservación de las riquezas culturales y naturales. Un enfoque con tal alcance es la diversidad biocultural incorporada por la Sociedad Internacional de Etnobiología con la Declaración de Belén de 1988¹². El concepto de la bioculturalidad “comprende la diversidad de la vida en todas sus manifestaciones –biológicas, culturales y lingüísticas– que están interrelacionadas (y probablemente coevolucionaron) dentro de un complejo sistema adaptativo socioecológico”¹³. Los elementos

11 Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima, Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

12 Posey, D. A. (ed). (1999). *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*. London/Nairobi: Intermediate Technology Publications/UN Environment Programme.

13 Maffi, L. (2005). “Linguistic, cultural and biological diversity”. *Annual Review of Anthropology*, 34(1), pp. 599-617; Maffi, L. (2010). “What is Biocultural Diversity?”. En: L. Maffi & E. Woodley (eds), *Biocultural Diversity Conservation: A Global Sourcebook*. London: Earthscan, p. 5.



centrales de este enfoque son la vinculación intrínseca entre naturaleza y cultura, y la diversidad de la especie humana como parte de la naturaleza y manifestación de la diversidad de la vida. Desde este enfoque, la conservación de la biodiversidad conlleva la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella.

En un país como Colombia, cuya alta diversidad de plantas, animales y microorganismos ocurre en ecosistemas y biorregiones que entrañan culturas ancestrales, la protección y preservación de la diversidad cultural se convierte en un supuesto esencial para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. En contraste con el enfoque tecno-económico, la bioculturalidad reconoce el significado fundacional de las historias o leyes de origen de los pueblos indígenas, la naturaleza colectiva del conocimiento tradicional, sus mecanismos de transmisión en sus prácticas sociales diarias, y la función de la sabiduría y del conocimiento tradicional en la supervivencia y adaptación de los pueblos indígenas al cambio climático.

La bioculturalidad reconoce las formas de espiritualidad que dan cuenta de las interconexiones entre seres humanos y naturaleza; el sentido de pertenencia comunitaria con animales, plantas y formas geográficas; y el valor inherente de cada ser vivo, independiente del uso que pueda representar para la especie humana¹⁴. En forma resumida, se puede señalar que la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad es la relación de unidad entre naturaleza y especie humana. Esta relación se expresa en otros elementos distintivos que se enuncian a continuación:

- a. Los diversos modos de vida expresados como diversidad cultural están inextricablemente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios.
- b. La riqueza expresada en la diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes es el producto de la interrelación coevolutiva entre comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a los cambios ambientales.
- c. Las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad.

14 Posey, D.A. (ed). (1999). *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*. London/Nairobi: Intermediate Technology Publications/UN Environment Programme; Maffi, L. & Woodley, E. (2010). *Biocultural Diversity Conservation: A Global Sourcebook*. London and Washington, DC: Earthscan; Pierotti, R. & Wildcat, R. (2000). Traditional Ecological Knowledge: The Third Alternative. 2000. (Commentary). *Ecological Applications*, 10(5), pp. 1333-1340; Berkes, T. (2008). *Sacred Ecology: Traditional Ecological Knowledge and Resource Management Systems*. Philadelphia: Taylor and Francis; Ishizawa, J. (2010). "Affirmation of Cultural Diversity. Learning with the Communities in the Central Andes". En: V. Tauli-Corpus, L. Enkiwe-Abayao & R. de Chávez (eds). *Towards an Alternative Development Paradigm: Indigenous People's Self-determined Development*. Tebtebba Foundation: Baguio City, Filipinas, pp. 205-247.

- d. Los significados espirituales y culturales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural.
- e. La conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad.

De esta manera, la diversidad biocultural, esto es, la existencia de diversos pueblos indígenas, comunidades negras y locales que desarrollan sus modos de vida en interacción en ecosistemas con altos índices de biodiversidad, no es solo el contexto o una situación accidental que se pueda ignorar en las políticas del Estado y el marco jurídico sobre la biodiversidad.

Las políticas sobre la conservación de la biodiversidad requieren centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa diversidad continúe desplegando su potencial evolutivo de manera indefinida. En forma similar, las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser y aprehender el mundo puedan persistir.

Estas distintas formas de ser y aprehender la naturaleza son las diversas culturas en tanto acciones colectivas orientadas a reproducir la vida material, a mantener las interacciones con los demás organismos vivos y componentes abióticos del paisaje, y a recrear la identidad colectiva y su espiritualidad vinculada al territorio. Diversidad cultural, en este sentido, son las distintas formas de organizar tiempo, espacio, acciones y pensamiento nombrando y configurando relaciones distintas con el ambiente, la familia, la comunidad y la sociedad externa.

La protección de la diversidad cultural no equivale a proteger un listado incompleto de expresiones como vestido, lengua, alimentación, creencias, etc.; la obligación del Estado es garantizar las condiciones que hagan posible la reproducción integral de las diversas formas de vida.

Referente empírico para la bioculturalidad en Colombia

El reconocimiento y protección de los diferentes modos de vida como expresión de la diversidad étnica y cultural es uno de los pilares de la concepción de la bioculturalidad. En este campo la jurisprudencia constitucional ha avanzado al reconocer las raíces ancestrales y procesos históricos que desde la Colonia vinculan la formación social y el territorio colombiano, más allá de la visión liberal homogenizante, con los entornos culturales de pueblos indígenas y negros vinculados directamente a los diversos ecosistemas y biorregiones del país.



Son, por tanto, sustento de la diversidad cultural en Colombia los 87 pueblos indígenas censados en el año 2005 y reconocidos formalmente (DANE, 2007)¹⁵. La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) ha señalado en el 2013, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que son 102 pueblos indígenas, 15 aún sin reconocimiento del Estado, de los cuales 65 están en peligro de desaparecer¹⁶.

El soporte de la concepción sobre diversidad biocultural se fortaleció con el reconocimiento positivo de los derechos de la población afrodescendiente o negra y sus organizaciones representativas mediante la Ley 70 de 1993. Esta ley reconoció a las comunidades negras como titulares de derechos políticos, sociales, culturales y territoriales tomando en cuenta su historia, su marginalidad social y los territorios ocupados ancestralmente.

El reconocimiento de la bioculturalidad incluye al pueblo raizal de raigambre afrocaribe que habita el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y al pueblo palenquero del departamento de Bolívar en San Basilio de Palenque. La historia ancestral de estos pueblos, la persistencia de sus costumbres, usos y lengua, al igual que la persistencia de sus vínculos territoriales, ha facilitado su reconocimiento como integrantes de la diversidad cultural de la nación. Adicionalmente, las comunidades rom o gitana, las comunidades campesinas y de pescadores interactúan con la biodiversidad en distintos puntos de la geografía. Su reconocimiento ha estado mediado por cuestionamientos sobre su distinción cultural, ocupación de territorio y preservación de prácticas culturales ancestrales. Sin embargo, la diversidad de prácticas agrícolas y de pesca artesanal que contribuyen a satisfacer necesidades de alimentación está aunada a significados culturales y sociales propias de la adaptación de formas de vida comunitaria a variables climáticas y sociales.

En concordancia con la diversidad étnica y cultural reconocida constitucionalmente, la noción de comunidades indígenas y locales del CDB, y la noción de comunidades indígenas, afrodescendientes y locales de la Decisión 391 son conducentes de esta diversidad biocultural que se constata en Colombia¹⁷.

El vínculo intrínseco entre naturaleza y grupos humanos que se estudia desde la bioculturalidad se manifiesta en los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales. La selección y generación de

15 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2007). *Colombia, una nación multicultural: su diversidad étnica*. Bogotá: DANE, Dirección de Censos y Demografía, p. 5. Ver: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf, consultado el 30 de julio de 2011.

16 *El Espectador*. "65 pueblos indígenas en peligro de desaparecer: ONIC". 20 de marzo de 2013.

17 Los términos *pueblos indígenas*, *comunidades negras* y *locales* se utilizan en este texto para significar los sujetos de protección del conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad y recursos genéticos. El término pueblos indígenas se usará para referencias exclusivas a estos pueblos.

numerosas plantas y animales que satisfacen diversas necesidades humanas son el resultado de cientos de años de trabajo y pensamiento en la selección, cuidado, cultivo e intercambio entre comunidades.

Las comunidades indígenas de América Latina también aportaron el maíz, el frijol, la papa, la yuca, el cacao, entre otros frutos y plantas fundamentales para la alimentación. Los conocimientos e innovaciones de pueblos indígenas y comunidades negras en ecosistemas y microhábitats en el Chocó biogeográfico, de los pueblos indígenas en torno a las chagras, la caza y la pesca en el Amazonas, y de los campesinos e indígenas en sus diversas agriculturas en los Andes colombianos no se han detenido. Los conocimientos sobre el uso de sustancias y mezclas derivadas de plantas y animales han aportado la base para la elaboración de componentes bioactivos de uso farmacéutico o industrial. Recientemente estas contribuciones se aprovechan en forma sustancial para la generación de nuevos productos cosméticos y nuevos alimentos funcionales. En este campo, el marco jurídico colombiano es limitado y presenta vacíos que contribuyen a la apropiación indebida de los conocimientos y recursos de las comunidades.

La jurisprudencia constitucional ha marcado claramente el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. En sentencia SU-510 de 1998, la Corte Constitucional, luego de citar las normas constitucionales vigentes, sintetizó el principio de la diversidad e integridad personal indicando que constituye una proyección jurídica “del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a ‘la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental’”¹⁸.

Sin embargo, la estructura gubernamental y burocrática del Estado mantiene una conceptualización de la diversidad cultural que confunde y desconoce parcialmente la riqueza cultural del país. Por ejemplo, el Decreto 4530 de 2008, al modificar la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia, estableció la Dirección de asuntos Indígenas, Minorías y Rom, y la Dirección de Asuntos para

18 Sentencia SU-510 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Tutela interpuesta por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC) contra varias autoridades de la comunidad indígena arhuaca por el conflicto surgido entre indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta del pueblo arhuaco o ika, en el que hubo divisiones derivadas de la adhesión de un amplio grupo de indígenas de la comunidad al IPUC. Los indígenas arhuacos miembros de la IPUC argumentaban un trato discriminatorio en su contra y manifestaban haber sufrido castigos severos por parte de las autoridades tradicionales del resguardo por su decisión de profesar la fe cristiana. En esta sentencia la Corte unifica y relaciona los derechos que merecen inmediata protección para preservar la integridad de los pueblos indígenas, y reitera las subreglas para determinar los límites a la autonomía indígena y la línea jurisprudencial respecto de los criterios más relevantes en la interpretación de los derechos indígenas y la solución de conflictos entre estos y conflictos de competencia entre autoridades del sistema jurídico nacional y la jurisdicción indígena. Finalmente, la Corte resuelve que no se prueba la presunta discriminación que dio origen a la acción de tutela e indica que cada uno de los miembros de la comunidad debería tener derecho a ejercer su libertad religiosa sin hacerse merecedor de una sanción por ese hecho. Adicionalmente, la Corte reitera la protección al derecho de la comunidad a la propiedad colectiva sobre su territorio, indicando que no podría ni abrirse un templo de la IPUC dentro del territorio arhuaco sin autorización de la comunidad.



Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. De este Decreto se puede inferir que para el Gobierno nacional el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, en particular de los pueblos indígenas y rom, conlleva el reconocimiento de las poblaciones LGTB (lesbianas, gays, transexuales y bisexuales) al incluirlos como comunidades (art. 13, numeral 3).

El grupo de población LGTB se distingue como sumatoria de las diversas opciones de sexualidad individual, pero no conforman un colectivo del que se pueda predicar una comunidad de historia, de lengua, de tradiciones ni de vínculos con un territorio específico. En contraste, las comarcas de pescadores y las comunidades campesinas existentes en el territorio colombiano no son incluidas como parte de la diversidad étnica y cultural por el Gobierno, y son completamente ignoradas en esta norma institucional sobre la diversidad étnica y cultural de la nación. Esta norma subraya la carencia de un concepto de comunidad que sirva a la diversidad étnica y cultural, a pesar de que la Corte Constitucional ha avanzado sustancialmente en este tema.

El reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales¹⁹ constituye un principio seminal a partir del cual se puede cimentar una sociedad plural, haciendo posible que la diversidad biocultural se proteja en el marco del Estado social de derecho. La inclusión de diversos derechos indígenas en la Constitución de 1991, así como su consolidación y expansión bajo el concepto de bloque de constitucionalidad y resultado de la jurisprudencia en esta materia, no es objeto de consideración en este texto. Este análisis enfoca los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales que los vinculan como sujetos de la diversidad cultural por sus modos de vida y sus conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica y genética.

19 Sentencia T-380 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. La Organización Indígena de Antioquia interpone acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (Codechocó) y la Compañía de Maderas del Darién (Madarién) por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la especial protección del Estado como grupo étnico por las acciones de deforestación dentro de los territorios resguardo de la comunidad indígena emberá-catio del río Chajeradó por parte de la compañía Madarién y la omisión de Codechocó frente a este hecho. Dentro de sus consideraciones, la Corte distingue los derechos del sujeto colectivo (los pueblos indígenas) de los derechos colectivos de los colombianos, manifestando que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Que la comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En ese sentido, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia y les comprende la propiedad colectiva sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. La Corte concede la tutela y ordena iniciar las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito; T-001 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Acción de tutela interpuesta por la Comunidad Indígena de Chenche Socorro de Coyaima contra el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora). La Corte deniega la tutela por existir otro medio de defensa judicial para la protección del derecho que presuntamente se vulnera. Sin embargo, dentro de sus consideraciones retoma los argumentos de la sentencia T-376 de 2012, al recalcar que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos y que la comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.

Los derechos relacionados con sus conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad y a los recursos genéticos no han sido revestidos de una protección afirmativa, positiva y efectiva; su consolidación requiere un desarrollo de la conceptualización y del marco jurídico que protege la diversidad étnica y cultural. Se examinan en seguida los avances y vacíos en el derecho a la autodeterminación, identidad e integridad cultural; el derecho a la propiedad colectiva y sus recursos, en particular los derechos sobre los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, y el derecho a la participación.

Autodeterminación, identidad e integridad cultural

Hacer efectivo el respeto a la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas en Colombia es un enorme reto porque su violación y desconocimiento están arraigados en la historia y formación del Estado colombiano. El etnocidio físico y cultural que comenzó con la llegada del imperio español y de la Iglesia católica llevó a la reducción de la población indígena en todas sus dimensiones²⁰.

En el ocaso del imperio español, la política colonial se orientó sistemáticamente a disolver el componente indígena de la población, sin que esta orientación cambiara durante el período posindependentista, llevando a la extinción de pueblos ancestrales en diversos ecosistemas.

Al final del siglo XIX el Gobierno de la Regeneración fortaleció la política orientada a extinguir las culturas indígenas acordando con la Iglesia católica la misión civilizadora. Bajo el régimen de la Regeneración, inspirador de la Constitución teocrática de 1886, la misión de la Iglesia se especializó en el etnocidio cultural: los pueblos indígenas fueron caracterizados como salvajes conforme se estableció en la Ley 89 de 1890. Su reducción a la civilización y el reconocimiento como sujetos de derechos dependería del grado de conversión al credo católico.

La potestad y régimen especial otorgados a la Iglesia católica previstos en el Concordato entre Colombia y el Estado Vaticano fueron eliminados solamente en 1993 al declararse incompatible con la carta constitucional de 1991²¹. Igualmente, la concepción racista, discriminatoria e integracionista propia de la Ley 89 de 1890 fue rechazada por la Corte Constitucional como contraria al principio de diversidad cultural. Entre los motivos para declarar la

20 Nemogá, G. R. (2011). "Reducción indígena". En: *Las naciones indígenas en los Estados contemporáneos*. Cátedra Jorge Eliécer Gaitán. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 27-34.

21 Sentencia C-027 de 1993, M. P.: Simón Rodríguez. Sentencia de Constitucionalidad de la Ley 20 de 1974, "Por la cual se aprueba El Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973". Si bien la Corte declara la inexecutable de algunos artículos, entre los cuales se destaca el artículo VI, sobre el que señala: "Frente a ordenamientos tan categóricos de la nueva Carta en pro de la etnia indígena, al establecer el artículo en mención un régimen canónico especial no se ajusta al derecho a la libertad de cultos, que le permite a toda persona la profesión libre de su religión y coloca a todas las confesiones religiosas en pie de libertad ante la Ley (art. 19)".



inconstitucionalidad del artículo primero de la Ley 89 de 1890, la Corte estimó que la política integracionista propia de la Ley 89 de 1890 contradecía claramente la diversidad étnica y cultural de la Constitución de 1991. Igualmente, encontró que “al referirse a ‘salvajes’ y ‘reducción a la civilización’ la ley desconocía tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el principio fundamental de la diversidad étnica y cultural”²².

Históricamente, algunos pueblos pudieron resistir el etnocidio cultural desde el período colonial hasta la república teocrática del siglo XIX refugiándose en sus territorios ancestrales, como lo hicieron los pueblos kogui y aki en la Sierra Nevada de Santa Marta. En la mayor parte del país, sin embargo, las misiones religiosas, con apoyo del Estado y las Fuerzas Armadas, lograron contactar gradualmente a los diversos pueblos indígenas distribuyendo productos alimenticios, sometiénolos a la doctrina cristiana y tomando paulatinamente el control de sus territorios y sus recursos. Los pueblos indígenas han continuado siendo objeto de proselitismo religioso de nuevas iglesias que llegan a los pueblos indígenas con la misión de implantar los postulados bíblicos y transformar su organización social y política. Las actividades de conversión y proselitismo bíblico del Instituto Lingüístico de Verano, introducido en 1962 de la mano de la política de EE. UU., contaron con infraestructura suministrada por el Estado y pistas de aterrizaje privadas para sus actividades que no cesaron oficialmente hasta los años 1990²³.

La Corte Constitucional ha dado pasos sustanciales hacia la protección de la diversidad étnica y cultural en Colombia nutriendo un referente conceptual y jurídico para comprender el alcance de las comunidades que conforman dicha diversidad. Al tutelar la diversidad religiosa y espiritual del pueblo ika y citando las sentencias T-428 de 1992 y T-496 de 1996, la Corte señaló: “La Constitución

22 Sentencia C-136 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 5º y 40 de la Ley 89 de 1890, “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. En esta sentencia también se declaró la inconstitucionalidad del artículo 5º, por imponer limitaciones a la diversidad étnica y cultural reconocida en la Constitución, y del artículo 40, por violar los artículos 1º, 13, 63 y 329 de la Constitución. En sentencia C-463 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa, pronunciada en demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, el cual determinaba la forma de resolución de conflictos con la intervención de autoridades administrativas en casos de controversias que surgieran entre indígenas de una misma comunidad, o de estos contra los cabildos, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo demandado por incompatibilidad con el contenido del artículo 246 de la Constitución. En esta sentencia, la Corte incluye un ponderado análisis sobre la resignificación de la Ley 89 de 1890 en la defensa legal de la autonomía a través de los cabildos y de la propiedad colectiva territorial mediante los resguardos.

23 Sentencia T-257 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta acción, Víctor Velásquez Reyes, representante de la Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia, interpuso tutela contra el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, con el fin de obtener permiso definitivo para la operación del aeródromo de Yapima (Vaupés). La Corte negó esta tutela que alegaba violación a los derechos fundamentales de locomoción, igualdad y libertad religiosa por la negativa de las autoridades administrativas para otorgar el permiso de usar la pista Yutica-Yutima. El rechazo a otorgar el permiso estaba fundamentado en la posición de las comunidades del resguardo indígena del Vaupés, las cuales se negaban a que la Asociación Evangélica usara el aeródromo ubicado en territorio de la comunidad wanano.

Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza o cultura²⁴. Y reiterando la sentencia T-380 de 1993, indicó: “[E]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.²⁵ Esta precisión sustancial incluida en el razonamiento de la Corte anticipaba la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, que establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 3º, Dnudpi). Por tanto, el derecho a la autodeterminación en cuanto a la identidad e integridad cultural requiere ser consolidado como base del reconocimiento del carácter intercultural e interétnico de la nación introducido por la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional ha tutelado la identidad e integridad cultural de las comunidades precisando su alcance conceptual. En sentencia de 2012, la Corte Constitucional indicó:

La identidad cultural es un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultura)²⁶.

Este pronunciamiento sustenta la tutela concedida a la ONIC en representación de los pueblos indígenas para impedir el abuso de nombres distintivos de la

24 Sentencia T-510 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

25 *Ibid.*

26 Sentencia T-477 de 2012, M. P.: Adriana María Guillén Arango. Acción de tutela instaurada por Organización Indígena de Colombia (ONIC) en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio por la vulneración de los derechos a la consulta previa libre e informada, a la propiedad colectiva, a la participación en la vida social y económica de la nación, a la identidad e integridad étnica y cultural, a la autonomía de los pueblos indígenas, entre otros, al otorgar el registro de las marcas mixtas “Coca Indígena” y “Coca Zagraha” de productos artesanales y legales a base de hoja de coca. La Corte resuelve suspender la resolución que concede el registro y exhorta a la Superintendencia a ejecutar las acciones tendientes a evitar que en un registro marcario se usen los conocimientos tradicionales indígenas manifestados por ejemplo en su simbología, mitos, vestimentas, cantos, en la comercialización de productos relacionados con la hoja de coca por personas ajenas a dicho colectivo social, y en el mismo sentido ordena al ciudadano que hace uso de las marcas abstenerse de explotar el conocimiento tradicional indígena, en los términos señalados, así como el uso de marcas relacionadas con productos a base de hoja de coca bajo la abstracción “indígena”.



identidad indígena en productos comerciales. En esta sentencia se asume la protección de la integridad cultural como “un derecho fundamental del colectivo social y de cada una de las personas que pertenecen a él”²⁷. Este derecho está fundamentado en el artículo 7° de la Constitución Política, que como principio respeta el ejercicio de la diversidad étnica y cultural de los pueblos y comunidades que integran la nación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica: “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura” (art. 8°, numeral 1, Dnudpi). Otras normas internacionales relacionadas con la protección de la diversidad son los artículos 4.1, 5° y 8.2 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho de un pueblo o comunidad indígenas a determinarse conforme a su propia cosmovisión es un corolario necesario para su reconocimiento como sujeto colectivo titular de derechos fundamentales. Señaló la Corte especificando el alcance de la protección del derecho fundamental a la identidad cultural:

Es así, un derecho fundamental del colectivo social y de cada una de las personas que pertenecen a él. El derecho a la identidad cultural se sustenta en el principio de diversidad étnica que rige en este ordenamiento, que implica la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo de todas las comunidades, quienes son igualmente dignas y, con base en el principio de autodeterminación, tienen la facultad de decidir si es conveniente o no su proyección y de determinar el momento, la forma y sus alcances. En otros términos, se trata de la garantía de que las comunidades puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Dicho derecho se puede ejercer en el caso de las comunidades indígenas tanto en su territorio como en todo el territorio nacional²⁸.

La jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales diferenciales y de la protección constitucional de la identidad cultural vinculada al derecho de autodeterminación conforme a su propia cosmovisión, son pilares fundamentales para el reconocimiento de sus territorios y recursos.

Este principio es igualmente establecido en el Convenio 169 de 1989 de la OIT. En él se otorga un carácter central a la voluntad y libertad colectiva al reconocer el derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas y tribales (art. 1°, 1 Convenio 169). La identidad indígena reside en el acto consciente de autorreconocimiento antes que en los criterios impuestos por el Estado y aplicados por sus funcionarios. “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (art. 1°, num. 2, Convenio

27 Ibid.

28 Ibid.

169). El Convenio también introduce elementos objetivos que contribuyen a describir la conformación o distinción particular de los pueblos indígenas y sus miembros, pero el elemento fundamental es el derecho a la autoidentificación.

A pesar de los avances logrados en la protección constitucional, el Estado colombiano aún limita el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas abrogándose la facultad de determinar y decidir sobre la identidad indígena. El Estado ha intentado distintos exámenes de indianidad (si se puede usar este término), excluyendo siempre la participación activa de los pueblos indígenas en la definición de estos criterios. El reconocimiento indígena a través de la legislación ha pasado de establecer categorías económicas que enfocaban niveles de integración a la sociedad nacional a reconocer criterios objetivos de diversidad cultural²⁹.

En principio, una comunidad que se reconozca como indígena está sujeta en última instancia al reconocimiento de los funcionarios del Estado que deciden con base en estudios etnológicos³⁰. Es decir, si se trata de la identidad colectiva de las comunidades o pueblos indígenas, su reconocimiento implica la intervención de especialistas sobre identidades indígenas y la decisión final está sujeta a funcionarios del Ministerio del Interior que pueden aprobar o rechazar el concepto de los expertos académicos. Confrontando violaciones al derecho fundamental de identidad colectiva indígena por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, así como por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la Corte Constitucional señaló expresamente que “no cabe atribuir a dichos estudios un carácter constitutivo o definitorio de la identidad indígena de una población (...)”³¹. La Corte precisó el incumplimiento por parte de los funcionarios del Ministerio del Interior de las reglas de decisión fijadas en sentencias SU-383 de 2003 y T-880 de 2006 en cuanto a las acciones procedentes cuando exista duda sobre la presencia de grupos étnicos en áreas de influencia o territorios impactados por un

29 Correa, F. (2011). Desencializando lo indígena. En: G.R. Nemogá (ed.), *Las naciones indígenas en los Estados contemporáneos*. Cátedra Jorge Eliécer Gaitán. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 98-113.

30 Decreto 2164 de 1995, Por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

31 Sentencia T-294 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa. Acción de tutela instaurada por Marcos Gregorio Villera, Silvio Castaño Hoyos, Hermes Rafael Urzola de la Barrera, Yenis González Pacheco, Antonio Martínez Mestra, José de la Vega Argumedo, Francisco Marzola Hoyos y Julio César Trujillo Silvera (autoridades tradicionales de la comunidad indígena de Venado, perteneciente a la etnia zenú e integrante del Cabildo Mayor del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento) contra la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge (CVS), Empresa de Servicios Públicos Coraseo, Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa y Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías. Esta sentencia sistematiza la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la consulta previa, detallando en sus consideraciones “(i) su fundamento constitucional; (ii) las principales subreglas que permiten comprender su alcance y modo de aplicación; (iii) los supuestos en los que la protección de este derecho requiere contar con el consentimiento libre, previo e informado; (iv) los criterios para atribuir la titularidad del derecho a la consulta cuando existe controversia en torno a la identidad étnica de quienes la reclaman”.



proyecto de desarrollo. Uno de los fundamentos jurídicos reafirmado en esta sentencia en cuanto al reconocimiento de identidades colectivas culturalmente distintas es “el respeto a la autonomía de las comunidades para identificarse a sí mismas y a sus miembros como portadores de una identidad culturalmente diversa del que, como quedó establecido, se deriva la prevalencia del criterio de autoidentificación”. En la sentencia T-249 de 2014, la Corte Constitucional hace referencia sustancial a la jurisprudencia sobre el derecho a consulta previa y fija criterios para el ejercicio del denominado “poder de nombrar” o facultad gubernamental para reconocer o negar las identidades colectivas étnicas y culturales dentro del régimen constitucional vigente.³² Estas reglas se orientan a prevenir que los funcionarios ejerzan arbitrariamente la facultad de reconocer identidades étnicas colectivas amparados en la ausencia formal de certificados de existencia, la temporalidad de la titularidad sobre resguardos, la constitución de los consejos comunitarios o el reconocimiento de un cabildo o parcialidad indígena, la falta de titulación del territorio colectivo o de su inscripción en el registro llevado por el propio Ministerio del Interior, o la simple duda sobre la presencia de grupos étnicos. En este último caso, la entidad encargada de expedir la certificación debe realizar un reconocimiento en campo y garantizar la participación efectiva de las comunidades afectadas³³.

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional marca parámetros para limitar el poder de negar arbitrariamente identidades étnicas y culturales distintivas en contra de las comunidades que se autoidentifiquen como indígenas conforme a lo previsto en el Convenio 169 de 1989³⁴. Estos avances se proyectan en forma afirmativa hacia el reconocimiento de la diversidad de formas de vida, de formas de ser y de su interrelación con los paisajes y ecosistemas naturales. La inercia de los funcionarios gubernamentales para aplicar los parámetros fijados en la jurisprudencia constitucional tiene efectos irreversibles en la vida de comunidades y sus familias.

A pesar de la jurisprudencia constitucional, son los funcionarios los que se han abrogado la facultad de reconocer la existencia de comunidades, aunque ellas se autoidentifiquen como indígenas conforme a lo previsto en el Convenio 169

32 Ibid.

33 Ibid.

34 En Sentencia T-576 de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional protegió el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades negras inicialmente excluidas de una convocatoria realizada por el Ministerio de Gobierno por no acreditar título colectivo sobre sus territorios. En este caso, la violación del derecho a la consulta previa se materializó en la Resolución 121 de 2012, “por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”. El principio de inclusión y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural avanzado en esta sentencia en relación con las comunidades negras es relevante para los procesos de reconocimiento de las comunidades indígenas que actualmente están sujetas a una reglamentación sobre su reconocimiento, impuesta en forma inconsulta por el Estado mediante el Decreto 2164 de 1995.

de 1989³⁵. El pueblo taganguero, por ejemplo, en la bahía de Taganga, en la región Caribe, reivindica desde hace años su identidad cultural y el reconocimiento de su cultura como distinta a la sociedad nacional³⁶. La comunidad indígena de Taganga llegó a ser reconocida por el Concejo Municipal de Santa Marta en el mismo acto administrativo que creó el corregimiento de Taganga³⁷. Sin embargo, los tagangueros han perdido control de su territorio mediante procedimientos ilegales que llevaron a la desposesión de sus tierras, desplazándolos a zonas de ladera carentes de servicios públicos tan esenciales como el agua. En la última década, varias familias tagangueras han tenido que salir de su territorio por amenazas de muerte provenientes de paramilitares vinculados a los intereses que controlan la vida económica y social en la Bahía. El ejercicio pleno de derechos como pueblo indígena continúa sin posibilidad de realización para el pueblo taganguero porque los funcionarios estatales desconocen su identidad como pueblo indígena; los tagangueros se enfrentan a la discriminación y usurpación de quienes explotan el paisaje y las riquezas naturales, en su mayoría extranjeros vinculados a la industria hotelera y turística en la bahía.

A pesar de ser uno de los pueblos ancestrales herederos del territorio y riqueza cultural de los tayrona, la identidad indígena del pueblo taganguero continúa siendo negada; su modo de vida vinculado con la pesca ha sido reducido a su mínima expresión por la pesca comercial, el impacto del turismo invasivo y la contaminación de la bahía³⁸.

Propiedad colectiva sobre territorio y sus recursos, en particular recursos genéticos

La Corte Constitucional también ha avanzado en la interpretación de la integridad cultural vinculándola a la garantía de los derechos sobre el territorio. Para el propósito de introducir las siguientes consideraciones sobre los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, se destaca que en la sentencia

35 En sentencia T-576 de 2014, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional protegió el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades negras inicialmente excluidas de una convocatoria realizada por el Ministerio de Gobierno por no acreditar título colectivo sobre sus territorios. En este caso, la violación del derecho a la consulta previa se materializó en la Resolución 121 de 2012, “por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”. El principio de inclusión y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural avanzado en esta sentencia en relación con las comunidades negras es relevante para los procesos de reconocimiento de las comunidades indígenas que actualmente están sujetas a una reglamentación sobre su reconocimiento impuesta en forma inconulta por el Estado mediante el Decreto 2164 de 1995.

36 De Andrés, A. (2011). La resistencia cultural de Taganga: un camino hacia su reconocimiento como pueblo ancestral. En: G. R. Nemogá (ed), *Las naciones indígenas en los Estados contemporáneos*. Cátedra Jorge Eliécer Gaitán. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 113-134.

37 Ibid.

38 Gocksch, V., Zaraza, S. y Toro, A. Video *Tagangueros documental* 2014. Coproducción Panorámica, Sistemas Solar y Corporación de Pescadores Ancestrales Chinchorreros de Taganga. <https://www.youtube.com/watch?v=jTLFmu2iQ8g>, consulta 2 de febrero de 2015.



T-433 de 2011 resolviendo la tutela interpuesta para proteger la integridad, identidad y autonomía cultural, al igual que la propiedad colectiva de la comunidad indígena “Embera Dobida de Eyakera”, la Corte indicó: “La titulación de la tierra, como derecho de las comunidades indígenas, es esencial para la protección de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. No se concibe a la comunidad indígena sin su tierra”³⁹. Esta sentencia fija de manera clara que para los pueblos indígenas su identidad cultural está vinculada intrínsecamente con el territorio y sus recursos. Este criterio es evidente en el auto 004 de 2009, en el cual la Corte identifica el desplazamiento forzado, asociado al conflicto armado y a otros factores, como causa del exterminio cultural de por lo menos treinta etnias en estado de alto riesgo⁴⁰.

Sin embargo, el reconocimiento de la conexión intrínseca entre pueblos indígenas y territorio, y el desarrollo de una visión integral desde el derecho que proteja la diversidad biocultural característica de Colombia se ven limitados por el marco jurídico y las exégesis que asumen una realidad completamente escindida entre la especie humana y la naturaleza basada en una racionalidad orientada hacia la explotación de la naturaleza. Esta separación sirve de base para instrumentar regímenes de propiedad que permiten sustraer componentes del territorio colectivo de los pueblos indígenas para su explotación. Es lo que ha ocurrido históricamente con la fragmentación de los territorios colectivos de los pueblos indígenas al diferenciar la propiedad de la superficie del suelo frente a los derechos exclusivos y el dominio eminente del Estado sobre el subsuelo. La substracción del subsuelo del control de los pueblos indígenas ha sido instrumental para realizar y legitimar la explotación de minerales e hidrocarburos. Algo similar se ha instrumentalizado en relación con los recursos genéticos y la diversidad biológica.

En desarrollo del CDB, la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina asume la separación entre componentes de la biodiversidad, propiciando una regulación diferente en cuanto a su acceso, utilización y distribución de beneficios. El conocimiento de los pueblos indígenas, comunidades negras y

39 Sentencia T-433 de 2011. M. P.: Mauricio González Cuervo. Acción de tutela interpuesta por representantes de las comunidades embera dobida de Eyakera del Chocó contra ministerios de Agricultura, del Interior, Medio Ambiente e Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), con el fin de que se reinicien los trámites de constitución del resguardo de su comunidad ubicada en el municipio de Unguía (Chocó) y se realice un nuevo estudio técnico y topográfico del área real del resguardo y una medición exacta del territorio ancestral que les pertenece. La Corte concede la tutela y ordena se reinicie el proceso de reconocimiento del resguardo considerando: (i) la especial protección de que gozan los grupos indígenas por parte del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, y (ii) la mayor importancia que reviste el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas por ser esencial para la preservación de las culturas y los valores espirituales de estos pueblos.

40 Auto 004 de 2009, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 21 de septiembre de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión.

locales asociado a la biodiversidad se caracterizó como componente intangible (art. 1º, Dec. 391), para cuyo acceso prevé anexos al contrato de acceso (art. 35, Dec. 391). Este marco regional de acceso también diferencia jurídicamente entre recursos biológicos y genéticos siguiendo el CDB. Define los primeros como “Individuos, organismos o partes de éstos, poblaciones o cualquier componente biótico de valor o utilidad real o potencial que contiene el recurso genético o sus productos derivados” (art. 1º, Dec. 391); y define los segundos como “Todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial” (art. 1º, Dec. 391).

Este régimen de acceso también estableció que los recursos genéticos son bienes o patrimonio del país origen de los mismos, indicando que dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Pero adicionó que este régimen de propiedad es independiente de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen (art. 6º, Dec. 391). Antes de la Decisión 391 de 1996, el régimen jurídico colombiano no tenía normas explícitas sobre el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos y solamente establecía los derechos soberanos de la nación. Por ejemplo, el CDB, aprobado por Ley 165 de 1994, se refiere a derechos soberanos de los Estados (art. 3º y núm. 1, art. 15 CDB). Pero este tratado internacional no entra a definir regímenes de propiedad, pues la definición de dicho régimen constituye una facultad propia del ejercicio de la soberanía.

Por su parte, la única norma constitucional con referencia expresa a los recursos genéticos establece que el Estado regula su ingreso y salida del país, así como su utilización de acuerdo con el interés nacional (art. 81, inc. 2. C. P.). Este interés nacional incluye el interés de los pueblos indígenas y comunidades negras, pues siguiendo los términos de la propia Constitución, el Estado reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación. Posteriormente, la Ley 99 de 1993 señala entre las funciones del Ministerio de Ambiente la de hacer respetar la soberanía nacional y los derechos de la nación colombiana sobre sus recursos genéticos (art. 5º, num. 20 y 38, Ley 99 de 1993).

Estas normas internas ratifican la soberanía de la nación sobre los recursos genéticos, pero no establecen un régimen de propiedad, lo cual correspondería a los órganos del poder público. Como resultado, y ante las posibles interpretaciones de las provisiones de la Decisión 391 de 1996 de la Comunidad Andina de Naciones, el Ministerio de Ambiente realizó consulta ante el Consejo de Estado en relación con el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos.

En su concepto de 1997⁴¹, el Consejo de Estado indicó que el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos, de utilidad real o potencial, era el

41 Consejo de Estado, concepto No. 977 de agosto 1997 sobre la calidad de los recursos genéticos como bienes de uso público por sus características de inalienabilidad, inembargabilidad, e imprescriptibilidad. M. P.: César Hoyos Salazar.



establecido para los bienes de dominio público, interpretando la titularidad de la nación sobre los mismos. Dada la fragmentación de la realidad biológica, con la asignación de regímenes de propiedad diferentes para recursos biológicos y recursos genéticos se legitima la sustracción de los recursos genéticos del ámbito de derechos de los pueblos indígenas.

El Consejo de Estado señala que el régimen de propiedad aplicable a los recursos genéticos es independiente del previsto para los recursos biológicos. Afirmando la titularidad del Estado sobre los recursos genéticos, el Consejo de Estado excluye a los pueblos indígenas de sus derechos sobre estos recursos, aun si tales recursos se encuentran en su territorio. Este concepto no es obligatorio, pero ha sido adoptado como único criterio de interpretación, a pesar del desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras sobre los recursos genéticos ubicados en sus territorios colectivos. En este sentido se puede afirmar que, así como el derecho del siglo XIX ha servido para sustraer los recursos del subsuelo del dominio y control de los pueblos indígenas, el derecho del siglo XX es instrumentalizado para sustraer los recursos genéticos del control de los pueblos indígenas.

El concepto del Consejo de Estado también asume que el uso de los recursos genéticos implica aislarlos de los recursos biológicos en que se encuentran contenidos. Esta aproximación es inexacta, pues si bien las técnicas de biología molecular para manipular y usar el ADN requieren el aislamiento de genes o fragmentos de genes, dicho aislamiento no es necesario cuando se generan nuevas razas animales o variedades vegetales mediante procedimientos tradicionales biológicos. En estos casos, los productores agrícolas y comunidades campesinas obtienen nuevas variedades mediante cruzamiento sexual o métodos de cruzamiento asexual, con lo cual se generan nuevas variedades para la alimentación humana sin que deba realizar la manipulación aislada de genes previamente identificados.

La equivocada conceptualización basada en la fragmentación de la realidad biológica ha llevado a que el Estado otorgue permisos y autorice el acceso a recursos biológicos, a pesar de su limitada capacidad de monitorear o realizar seguimiento y, en la práctica, sin poder garantizar efectivamente que los usuarios no hagan uso de los recursos genéticos con fines de explotación comercial.

El mecanismo de control son los informes parciales o finales que los usuarios deben presentar ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por ser la autoridad que otorga los contratos de acceso. En la práctica, el acceso a individuos u organismos biológicos hace viable acceder al material genético disponible en las células reproductivas de los organismos o a su ADN; el beneficiario de autorizaciones y permisos para coleccionar recursos biológicos puede acceder a los recursos genéticos contenidos en ellos.

Los problemas que genera la fragmentación de la realidad biológica en el derecho ambiental para la realización de los derechos de Colombia como país de origen han sido documentados en estudios anteriores realizados por el grupo de investigación Plebio de la Universidad Nacional de Colombia⁴². En el año 2013, el Gobierno introdujo el Decreto 1376⁴³, con el cual se exime de la obligación de obtener un contrato de acceso a las solicitudes de acceso sin fines comerciales para investigación en sistemática molecular, evolución, biogeografía molecular y ecología molecular. Este decreto exceptúa a nacionales y extranjeros del régimen acceso a recursos genéticos establecido en la Decisión 391 de 1996, cuando se trata de investigación científica dentro de las categorías mencionadas.

A pesar de que estas normas pueden afectar el control sobre los recursos biológicos de sus territorios y sobre el conocimiento asociado a los recursos genéticos de los pueblos indígenas y de las comunidades negras, no se surtieron procesos de consulta previa para el proceso de expedición. Por ser reciente, esta normatividad no puede aún ser evaluada en cuanto a los mecanismos o previsiones establecidos para garantizar la distribución de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y los productos derivados en casos de eventuales aplicaciones industriales y comerciales de los resultados de investigación.

El enfoque conceptual técnico-económico que se ha aplicado en Colombia para las regulaciones sobre la biodiversidad conlleva la desprotección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras, permitiendo que otros actores controlen sus recursos genéticos vegetal, animal y microbiológico. Aunque existen casos en que los derechos de propiedad intelectual pueden ser usados por las comunidades, como ocurre con las marcas y las denominaciones de origen, lo contrario se puede ilustrar con la legislación sobre derechos de obtentores vegetales, que deja sin protección los conocimientos, las prácticas agrícolas y las innovaciones de las comunidades indígenas y locales, como se describe en seguida.

La Decisión 345 de 1993, sobre el régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales de la comunidad andina, está vigente en Colombia. Esta Decisión introdujo los certificados de obtentor como un sistema de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales o fitomejoradores. Estos certificados conceden un monopolio sobre la multiplicación, reproducción o propagación, comercialización, almacenamiento y venta de material reproductivo vegetal.

42 Nemogá Soto, G. R., et al. (2010). *La investigación sobre biodiversidad en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

43 Decreto 1376 de 2013, por el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial.



Las variedades vegetales sobre las cuales se conceden derechos deben cumplir los requisitos de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad. Estas nuevas variedades se pueden obtener usando métodos biológicos clásicos de la genética mendeliana o métodos biotecnológicos que implican el aislamiento y manipulación de segmentos de ADN; en ambos casos se parte de material genético preexistente usando variedades ya disponibles.

Para los efectos de protección de los derechos de pueblos indígenas y comunidades negras, el sistema adoptado mediante la Decisión 345 no se diferencia sustancialmente del sistema de protección previsto en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), versión 1991. Como se describe más adelante, el Gobierno colombiano, cumpliendo compromisos derivados del Tratado de Libre Comercio con EE. UU., ha buscado infructuosamente incorporar la versión completa UPOV 1991 en el marco jurídico colombiano.

El sistema de protección vigente bajo la Decisión 345 no ofrece protección para los derechos de comunidades indígenas, negras y campesinas que durante décadas han cultivado y mejorado especies vegetales en su territorio. Los resultados de las actividades de identificación, cultivo, experimentación que conllevan el cuidado y uso sostenible variedades utilizadas por sus propiedades alimenticias, medicinales o como materiales de construcción carecen de toda salvaguarda. Sus prácticas agrícolas, antes que orientarse a la producción de monocultivos y al control monopólico de su uso, están mediadas por el libre intercambio de semillas y la promoción de la mayor diversidad de cultivos. Sus prácticas de uso y libre intercambio forman parte de una economía solidaria que asegura su capacidad de adaptación a variaciones ambientales y climáticas.

El sistema previsto en la Decisión 345 posibilita que las variedades cultivadas y poseídas colectivamente por las poblaciones indígenas, negras y campesinas tradicionales sean aprovechadas como materia prima por terceros que, haciendo modificaciones superficiales, las pueden apropiar bajo títulos de propiedad intelectual. Bajo la legislación vigente, el trabajo intelectual de los pueblos indígenas, sus conocimientos, innovaciones y prácticas materializadas en las variedades vegetales solo serían reconocidos si los pueblos renuncian a sus modos de vida que promueve la diversidad de cultivos y semillas, el libre comercio de semillas y a cambio se someten a la lógica de producir variedades distintas, estables y homogéneas para monocultivos agrícolas.

En esta materia, la Corte Constitucional declaró constitucional la Ley 243 de 1996, aprobatoria del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) versión 1978, pasando por alto elementos fundamentales⁴⁴. La versión UPOV 1978 tiene los mismos fundamentos de la

44 Sentencia C-262 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Revisión de la Ley 243 de 1995, Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), la cual es declarada exequible.

versión UPOV 1991, aunque el alcance de los derechos otorgados al titular de certificados de obtentor es de menor efecto monopólico.

Al juzgar sobre la constitucionalidad de la Ley 243 y luego de citar los conceptos de expertos, investigadores y antropólogos, la Corte Constitucional en el examen de fondo indicó que “Sería inconstitucional el sistema de protección que no admitiera el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre dichas obtenciones o que privilegiara la oportunidad en la cual se presenta la solicitud de reconocimiento del derecho respecto de la existencia previa y notoria de la variedad vegetal y de su utilización tradicional por parte de dichas comunidades”⁴⁵. En esta apreciación se considera que las comunidades pueden utilizar el sistema como titulares colectivos de sus obtenciones vegetales, e incluso que las comunidades producen variedades homogéneas y estables. Sin embargo, la Corte omite que la adopción de esta orientación por parte de pueblos indígenas, comunidades negras y campesinas llevaría a transformar su modo de vida, su concepción sobre la naturaleza y sus relaciones intra- e intercomunitarias que se basan en la diversidad y en el libre intercambio de semillas.

Con esta omisión sustancial y luego de indicar la facultad del Estado de establecer regímenes de propiedad intelectual, la Corte concluyó: “Nada en el citado Convenio impide el reconocimiento de la propiedad colectiva de las minorías étnicas y culturales respecto de las variedades vegetales que hubieren obtenido a través de sus prácticas y conocimientos tradicionales”⁴⁶. Se deja de lado la protección de la diversidad étnica y cultural, ignorando que el conocimiento, las innovaciones y las prácticas ancestrales vinculadas al modo de vida de los pueblos indígenas, comunidades negras y campesinas promueven la diversidad antes que la uniformidad y homogeneidad de cultivos.

En el análisis de fondo de la sentencia C-262 de 1996 se contempló la obligación del Estado de diseñar un mecanismo de propiedad intelectual que incluya la propiedad colectiva sobre variedades vegetales, bajo el supuesto de que dicho mecanismo puede contribuir a mantener las prácticas propias de dichas comunidades. Casi dos décadas después se constata que esta apreciación resultó desafortunada para la diversidad biocultural, pues los derechos de las comunidades indígenas, negras y campesinas sobre sus variedades vegetales siguen sin protección.

En primer lugar, el Estado no ha asumido la obligación de diseñar un sistema de protección como el sugerido por la Corte Constitucional. El Estado también ha incumplido la obligación derivada de la disposición octava transitoria de la Decisión 391 de 1996, conforme a la cual tendría que haber establecido

45 Ibid.

46 Ibid.



un régimen especial para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, teniendo en cuenta el artículo 7° de la Decisión 391, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre Diversidad Biológica⁴⁷. En segundo lugar, las comunidades indígenas, negras y campesinas y sus organizaciones fueron ignoradas en la expedición de la norma y en el estudio realizado para la evaluación de su constitucionalidad, sin que pudieran participar en las decisiones que afectan su integridad cultural, modo de vida y supervivencia. Adicionalmente, en el estudio sobre la constitucionalidad de la Ley 243 de 1995, aprobatoria del Convenio UPOV Versión 1968, no se advirtió que el trámite se surtió sin observar el requisito constitucional de la consulta previa.

Para el Gobierno colombiano, en ese momento representado por el ministro de Comercio Exterior y el viceministro de Relaciones Exteriores, la prioridad no era la protección de la diversidad étnica y cultural, sino la satisfacción de estándares de propiedad intelectual exigidos por organismos multilaterales e inversionistas extranjeros. En los argumentos del Gobierno citados por la Corte se indica: “La Unión Europea ha solicitado al Gobierno de Colombia que adopte normas destinadas a proteger las variedades obtenidas mediante procesos tecnológicos, con miras a garantizar niveles altos de competitividad en materia agrícola y, en especial, en la producción de semillas. De otra parte, con esto se contribuiría a reducir barreras para el comercio legítimo, como parte de los Acuerdos TRIPS”⁴⁸.

Con esta orientación se contradecía claramente la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural, y se imponía un enfoque técnico-económico en contra de la diversidad biocultural de la nación. Dicho enfoque también desconocía la indicación fundamental de la propia Corte Constitucional en sentencia C-519 de 1994 sobre la constitucionalidad de la Ley 165 de 1994⁴⁹, según la cual el régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica no puede atentar contra el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas.

Por tal motivo y teniendo en consideración el enorme capital ecológico de nuestro país, reviste la mayor importancia que el Gobierno Nacional preste

47 En el año 2010 el Gobierno expidió el Decreto 1162, por el cual se organiza el Sistema Administrativo Nacional de Propiedad Intelectual y se crea la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual. Los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades locales son completamente excluidos de este ámbito de decisiones.

48 Sentencia C-262 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

49 Sentencia C-519 de 1994, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, sobre la revisión constitucional de la Ley 165 de 1994 aprobatoria del Convenio de Diversidad Biológica, el cual declara exequible, advirtiendo entre sus consideraciones la importancia de que en el momento de negociar una riqueza cultural y natural de la nación se requiere: i) el reconocimiento y respeto de los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas; ii) la participación activa de las comunidades indígenas en cumplimiento con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 330 constitucional.

toda su atención al momento de deliberar en los foros internacionales, respecto la conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica, pues en él debe gozar de protección especial el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, lo cual, por lo demás, tiene respaldo en el deber del Estado de proteger el patrimonio natural y ecológico de la Nación (arts. 8° y 72 C. P.)⁵⁰.

Bajo el marco jurídico vigente integrado por la Decisión 345 de la Comunidad Andina y la Ley 243 de 1995, que reconocen certificados de obtentor sobre variedades vegetales, permanecen sin protección efectiva los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales sobre sus variedades agrícolas tradicionales y sobre el conocimiento, las innovaciones y prácticas materializados en sus variedades vegetales.

La posición de la Corte avanzó considerablemente al revisar la constitucionalidad de la Ley 1518 de 2012, por medio de la cual se aprobaba el “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) Versión 1991”⁵¹. En este caso, la Corte estimó que las normas de este Convenio regulan materias que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y comunidades negras.

El carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial –en aplicación del Convenio 169 de la OIT– la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, comoquiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en este, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan⁵².

El Acta UPOV 1978, aprobada mediante Ley 243 de 1995, está sujeta a similares consideraciones. La afectación sobre la diversidad cultural y las riquezas naturales en Colombia es mayor teniendo en cuenta la vigencia de la Decisión 345 que introdujo un sistema con elementos propios del Acta UPOV 1991. La vigencia de estas normas también evidencia el incumplimiento de la obligación adquirida por el Estado colombiano bajo el CDB que lo obliga a obtener la aprobación y la participación de los poseedores de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad para su utilización y a fomentar “que

50 Ibid.

51 La Ley 1518 de 2012 aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991. *Diario Oficial* No. 48.400 de 13 de abril de 2012.

52 Sentencia C-1051 de 2012, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Mediante la cual la Corte declara inexecutable la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales”. Adicionalmente, dentro de los argumentos expuestos, la Corporación señala la falta de consulta con las comunidades indígenas, lo que vulnera el derecho constitucional a la participación en las decisiones que les afecta.



los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8 j, CDB, Ley 165 de 1994).

La identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas y comunidades negras materializadas en sus modos de vida articulados a sus territorios y sus recursos naturales no ha sido protegida en forma consistente por la Corte Constitucional al aprobar instrumentos internacionales. En el año 2012, la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de la Ley 1458 de 2011, “Por medio de la cual se aprobó el Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006”⁵³. Aunque el Convenio pretende detener la tala indiscriminada, la deforestación y el comercio irregular descontrolado e insostenible de maderas tropicales, sus estipulaciones específicas incidirán directamente en el hábitat y modo de vida de los pueblos indígenas y comunidades negras. El traslape de territorios colectivos de comunidades negras y de los resguardos de pueblos indígenas con zonas de reserva forestal hace inevitables los impactos directos sobre la vida indígena, por lo cual la consulta previa resultaba necesaria para la aprobación de un convenio de dicha naturaleza.

En este caso se desconoció el impacto de políticas y acuerdos internacionales para el aprovechamiento de maderas tropicales sobre pueblos y comunidades cuyo espacio vital y cosmovisión se vincula con este hábitat y sus relaciones con sus seres vivos. La identidad e integridad cultural y la posibilidad de ejercer el derecho a la autodeterminación de los sujetos colectivos resultan nugatorias si el Estado pacta tratados internacionales o traza políticas sobre el aprovechamiento y uso de los componentes de sus territorios sin consulta previa. En uno de los salvamentos de voto a la sentencia C-196 se señaló que esta marcaba una posición regresiva frente a la línea de protección constitucional avanzada por la Corte: “En suma, a estas comunidades no se les va a preguntar si el árbol puede o no ser talado, simplemente se les preguntará cuándo será derribado”⁵⁴.

Esta posición regresiva de la Corte Constitucional, que coincide con una visión segmentada de la realidad biocultural, se repite al declarar la constitucionalidad

53 Ley 1458 del 29 de junio de 2011, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006”, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006”. Sentencia C-196 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.

54 Salvamento de voto del magistrado Jorge Iván Palacio, sentencia C-196 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa, sentencia mediante la cual se hace revisión de la Ley 1458 del 29 de junio de 2011, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006”. La Corte declaró la exequibilidad argumentando que en este caso no se requería consulta previa, aunque la consulta sí es obligatoria en relación con las medidas legislativas, administrativas, acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas emprendidas en el marco de la organización internacional que afecten directamente a una o más comunidades. Sin embargo, en salvamento de voto, el magistrado Palacio señala su principal discrepancia con la decisión tomada por la Corte, argumentando que las obligaciones derivadas del derecho internacional contraídas por el Estado colombiano en materia de explotación y comercialización de maderas tropicales indudablemente afectan de manera directa la vida, la cosmogonía y el desarrollo de esos pueblos indígenas y afrocolombianos.

de la Ley 1515 de 2012 aprobatoria del Tratado de Budapest⁵⁵. Se interpreta que su alcance es operativo y que no tiene el potencial de afectar la integridad cultural y el modo de vida de las comunidades indígenas y negras⁵⁶. Esta es una apreciación que marca un retroceso en la garantía de un marco constitucional en vía de la protección de la diversidad biocultural. Este tratado facilita el procedimiento para el otorgamiento de patentes sobre microorganismos encontrados en el territorio colombiano, incluidos los territorios colectivos de comunidades indígenas y negras.

Desde las cosmovisiones indígenas, las diversas manifestaciones de vida no están segmentadas; sea que se trate de plantas, animales o microorganismos, estas formas de vida son parte integrante de su cosmovisión y se encuentran intrínsecamente vinculadas a sus prácticas, usos y estilos de vida. El Tratado de Budapest es un instrumento para el otorgamiento de patentes sobre microorganismos facilitando su exportación y depósito en centros internacionales fuera del país. El otorgamiento de patentes sobre microorganismos impone restricciones monopólicas sobre componentes del hábitat y forma de vida de los pueblos indígenas y comunidades negras. Adicionalmente, desde la visión que segmenta la realidad biológica, los microorganismos son clasificados como recursos biológicos. Por lo tanto, facilitar el otorgamiento de patentes equivale a monopolios de explotación exclusiva sobre la diversidad de vida microbiológica que se puede encontrar en territorios indígenas y colectivos de comunidades negras, con la exclusión y nula participación de los pueblos indígenas y comunidades negras.

Participación y consulta previa

El reconocimiento de los pueblos indígenas y comunidades negras como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales y el despliegue de su identidad e integridad cultural requieren complementarse con el derecho a tomar parte en las decisiones y políticas que afectan su relación con la naturaleza. Esta participación tiene su fundamento en la Constitución de 1991, artículo 330, Ley 21 de 1991, leyes 99 y 70 de 1993 y Decreto 1320 de 1998. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido como garantía constitucional el derecho a la consulta previa cuando las decisiones y los proyectos pueden afectar el modo de

55 Ley 1515 de 2012, aprueba el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes”, establecido en Budapest el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su “reglamento”, adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1º de octubre de 2002”. Diario Oficial No. 48.335, 6 de febrero de 2012.

56 Sentencia C-350 de 2013, M. P.: Mauricio González Cuervo. Sentencia de revisión de constitucionalidad del Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en Materia de patentes, el cual es declarado exequible por la Corte, considerando frente al tema de consulta previa que el Tratado, al no hacer referencia a actividades que se desarrollen en zona de influencia directa de las comunidades étnicas y afrocolombianas, no las pone en riesgo o no las afecta directamente, razón por la cual no se hallaba sometido al trámite de la consulta previa.



vida y el territorio de los pueblos indígenas y comunidades negras. A pesar de los efectos potenciales de políticas y proyectos sobre biodiversidad, este principio constitucional y legal ha tenido una precaria aplicación en este campo⁵⁷.

El derecho a la participación fue ignorado en la formulación de la Política para el Desarrollo Comercial de la Biotecnología a partir del Uso Sostenible de la Biodiversidad del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes 3697) de 2011 (Departamento Nacional de Planeación). El objetivo de este Conpes es:

(...) crear las condiciones económicas, técnicas, institucionales y legales que permitan atraer recursos públicos y privados para el desarrollo de empresas y productos comerciales basados en el uso sostenible de la biodiversidad, específicamente de los recursos biológicos, genéticos y sus derivados. Estos recursos son la base de nuevos productos para diversas industrias como la cosmética, la farmacéutica, la agroalimentaria y la de ingredientes naturales, entre otras⁵⁸.

A pesar de que se trata enteramente del uso y aprovechamiento de la biodiversidad, sin exceptuar los territorios indígenas y de comunidades negras, el Conpes 3697 ignora la existencia de estos pueblos. Dado que la biodiversidad en Colombia se extiende en territorios colectivos en los que los pueblos indígenas y comunidades negras recrean permanente su forma de vida con la naturaleza en general y la biodiversidad y recursos genéticos en particular, las políticas y decisiones legales sobre su utilización afectan la vida de dichas comunidades. Se ignora que en biorregiones como el Amazonas y el Chocó biogeográfico, por ejemplo, las áreas con mejor conservación de biodiversidad coinciden con territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras.

Algo similar ocurrió con el Conpes 3533 de 2008 al formular la política en materia de propiedad intelectual⁵⁹. Dicho Conpes plantea elaborar “una política que permita la recuperación, protección y fomento de los conocimientos tradicionales, así como garantizar el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual basados en el acceso legal a recursos genéticos y sus productos derivados, como fomento a la innovación tecnológica y al desarrollo sostenible, de conformidad con la normativa vigente y el plan nacional de bioprospección”⁶⁰. En este campo tampoco se ha materializado el principio

57 Nemogá, G. (2013). *Investigación genética y políticas sobre biodiversidad: escenarios para el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural*. Colección Libros Resultados de Investigación. Serie Mayor, No. 2. Bogotá: Ibáñez Editores.

58 Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes). *Política Nacional de Competitividad y Productividad* (Conpes 3527 de 2008), Departamento Nacional de Planeación, p. 1.

59 Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes). *Bases de un Plan de Acción para la Adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional 2008-2010*. (Conpes 3533 de 2008), Departamento Nacional de Planeación.

60 Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes). *Bases de un Plan de Acción para la Adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional 2008-2010*. (Conpes 3533 de 2008), Departamento Nacional de Planeación.

de participación y la adopción de un sistema de protección del conocimiento tradicional, acceso a recursos genéticos y sus productos derivados, que tenga en cuenta las cosmovisiones, valores y premisas de los pueblos indígenas, negros y comunidades locales, conforme a la diversidad étnica y cultural del país⁶¹.

A nivel de los organismos de la Comunidad Andina, los pueblos indígenas y comunidades locales han sido excluidos reiteradamente de la formulación de políticas y medidas legislativas relacionadas con la biodiversidad, los recursos genéticos y productos derivados. Los pueblos indígenas y comunidades negras y locales no tuvieron participación en la Comunidad Andina de Naciones para el diseño y adopción de la Decisión 345, sobre derechos de obtentores vegetales en 1993. Estas comunidades tampoco participaron en el diseño y adopción de las decisiones 391 de 1996, sobre régimen común de acceso a recursos genéticos; en la Decisión 523 de 2002, sobre la estrategia regional de biodiversidad; ni en la Decisión 486 de 2000, sobre régimen común andino de propiedad industrial. El Comité Regional de Recursos Genéticos, creado dentro de la institucionalidad de la Comunidad Andina, no tiene participación de representantes indígenas. En el año 2005 se encargó a un grupo de expertos indígenas la elaboración de un documento sobre régimen de protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales⁶². Posterior a ese estudio, la Comunidad Andina no ha avanzado en forma conjunta en el desarrollo de un marco de protección del conocimiento tradicional ni se han tomado en cuenta las recomendaciones del estudio⁶³.

A nivel internacional, la participación de los pueblos indígenas en temas de biodiversidad, recursos genéticos y conocimientos tradicionales también ha registrado limitaciones. La estructura de negociación dentro de los organismos de las Naciones Unidas, entre ellos el CDB, no reconoce a los pueblos indígenas como partes con voz y voto. Las conclusiones y propuestas de representantes

61 En el año 2010 el Gobierno expidió el Decreto 1162, por el cual se organiza el Sistema Administrativo Nacional de Propiedad Intelectual y se crea la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual. Los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades locales no fueron incluidos en esta Comisión.

62 De la Cruz, R., Szauer, M. T., López, R. & Guinand, L. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas: Corporación Andina de Fomento, Secretaría General de la Comunidad Andina. Se han desarrollado propuestas alternativas de protección desde un enfoque biocultural como Derechos tradicionales sobre recursos, presentada por Darrel A. Posey, incluido en Plenderleith, K. (ed). (2004). *Indigenous Knowledge and Ethics*. New York: Routledge.

63 A nivel nacional, y dentro del marco de derechos de propiedad intelectual, Perú introdujo un sistema de registro de conocimientos colectivos sobre la biodiversidad. Véase: Nemogá, G. & Lizarazo, O. (2013). *Estudio de caso: Registro de Conocimientos Colectivos Asociados a la Biodiversidad en Perú. Consultoría de mercados y estudios de casos relacionados en recursos genéticos*. GEF-ABS-LAC. Project. Quito: UICN-Sur, Fondo para el Medio Ambiente Mundial, Pnuma, pp. 105-116. Para un enfoque desde los derechos humanos y el derecho consuetudinario, ver Brendan, T. (2009). *Setting Protection of TK to Rights – Placing human rights and customary law at the heart of TK governance*. In: Kamau, E.C. & Winter, G. (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge & the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*. London: Earthscan, pp. 101-118. Argumentos en favor del uso de instrumentos de propiedad intelectual para la protección de las innovaciones y del conocimiento tradicional pueden encontrarse en: Gupta, A. (2004) *WIPO-UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits Arising from the Use of Biological Resources and Traditional Knowledge*. Geneva: WIPO/UNEP.



indígenas son solo insumos incidentales que pueden no ser tenidos en cuenta por los delegados gubernamentales. Lorenzo Muelas describe las características de la participación indígena en las negociaciones internacionales:

Me parece que ya es hora de aclarar qué es eso de “la participación indígena” en estos espacios, si es simplemente formal, es decir, si es solo para hablar y hablar, e incluso participar en los órganos directivos de las mesas de trabajo, como ocurrió en Sevilla, pero no existe la posibilidad real de que nuestro pensamiento y nuestros derechos sean tomados en cuenta e incluidos en las decisiones que se adopten por parte de los gobiernos, entonces lo único que estaremos haciendo con nuestra tan cacareada participación será legitimar unas decisiones contrarias a los intereses de nuestros pueblos⁶⁴.

En la perspectiva de fortalecer un enfoque de protección efectiva de la diversidad biocultural del país, es necesario tener presente que los programas y proyectos de bioprospección en territorios indígenas tienen el potencial de afectar la integridad cultural. La bioprospección e investigación sobre diversidad biológica puede caracterizarse por actividades con bajo impacto extractivo.

Sin embargo, las actividades de bioprospección e investigación pueden incluir la colecta de conocimiento asociado a plantas y animales con significados culturales y espirituales o pueden conllevar el despliegue de actividades perturbadoras de lugares sagrados, sitios ceremoniales y culturales del territorio colectivo. Si las actividades de bioprospección o investigación se planean en territorios colectivos de comunidades indígenas o negras, los titulares de estos territorios deben ser consultados y participar en la evaluación de los posibles impactos de las actividades y en la forma de aminorarlos.

El procedimiento para otorgar contratos de acceso a recursos genéticos prevé el cumplimiento de la consulta previa para actividades de investigación, bioprospección o aplicación comercial cuando las actividades de colecta deban desarrollarse en territorios colectivos. Este reconocimiento se hace en virtud de la presencia y titularidad de pueblos indígenas y comunidades negras sobre territorios colectivos, pero no en virtud de derechos de estos pueblos sobre los recursos genéticos.

En la operación práctica de los procedimientos de acceso a recursos genéticos, a los pueblos indígenas y a las comunidades negras se les reconoce el derecho a la consulta previa solo cuando su presencia y titularidad de los territorios colectivos es certificada por el Ministerio de Gobierno⁶⁵.

64 Carta de Lorenzo Muelas dirigida a los líderes indígenas asistentes a la V Conferencia de las Partes del CDB celebrada en Nairobi en mayo de 2000.

65 La Directiva Presidencial de noviembre 7 de 2003 sobre “Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades Étnicas” muestra la precaria voluntad política para reconocer la consulta previa en sectores diferentes a los hidrocarburos, transmisión de energía, generación de energía e infraestructura. Este tipo

El informe de Cancillería sobre aplicación del Convenio 169 de la OIT reportó la realización de 24 consultas en el sector de biodiversidad e investigación para el período entre 2003 y 2010⁶⁶. Sin embargo, al examinar la información del MADS como autoridad nacional competente sobre solicitudes de acceso a recursos genéticos, se encuentra que la consulta previa tuvo una menor incidencia incluso considerando el período entre 1991 y 2013. Se registran 15 consultas previas realizadas para la realización de investigación en los territorios colectivos, de las cuales nueve corresponden a investigaciones llevadas a cabo por la Universidad Nacional de Colombia (base de datos Plebio).

La Constitución de 1991 introdujo principios que obligan a la transformación de prácticas coloniales y discriminatorias en todos los campos. La investigación sobre biodiversidad tradicionalmente se ha realizado asumiendo a los miembros y comunidades indígenas como objetos de investigación y no como sujetos titulares de derechos. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, vinculado al principio contenido en el artículo 70 sobre la igualdad de todas las culturas, corresponde a un Estado social de derecho que reconoce la multiculturalidad. Este reconocimiento conlleva obligaciones que implican el respeto por los derechos colectivos a la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas y las comunidades negras, y por los vínculos intrínsecos de su modo de vida y concepción sobre sus territorios y recursos.

Las prácticas coloniales y discriminatorias han cambiado muy poco a pesar de la reforma del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología y de Colciencias, que mediante Ley 1286 de 2009 incluyó entre sus objetivos “Promover y fortalecer la investigación intercultural, en concertación con los pueblos indígenas sus autoridades y sabedores, destinado a proteger la diversidad cultural, la biodiversidad, el conocimiento tradicional y los recursos genéticos” (art. 6°, num. 11, Ley 1286 de 2009).

El Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Sncti) del país continúa nutriéndose del conocimiento, prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales. En una revisión inicial de la base de datos Scienti de Colciencias se identificaron más de 500 proyectos de investigación vinculados con la biodiversidad que reúnen a comunidades indígenas, afrodescendientes o locales, ejecutados en los últimos diez años.

Los proyectos identificados en la base de datos Scienti están relacionados con conservación, ecología, taxonomía, alimentación, salud, artesanías y cultivo, uso y aprovechamiento de organismos biológicos. En la práctica, a las

de Directivas y su aplicación exegética contradicen la orientación de la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia en esta materia, ver por ejemplo: Sentencia T-294 de 2014, MP María Victoria Calle Correa, reseñada previamente.

66 República de Colombia, Cancillería. (2010). *Elementos principales de la consulta previa en Colombia. En Aplicación del Convenio 169 de la OIT*. Ginebra, 1 de junio de 2010.



comunidades indígenas y negras no se les vincula en el diseño y ejecución de los proyectos de investigación, reconociéndolas como sujetos del proceso de creación de conocimiento; la mayoría de proyectos de investigación vinculan personas de las comunidades como jornaleros, guías o informantes sin un debido reconocimiento de sus aportes intelectuales.

En áreas de investigación como la genética de poblaciones, los actuales parámetros éticos y jurídicos para investigación biomédica resultan insuficientes para garantizar el respeto de derechos colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras. Dada la diversidad de pueblos indígenas y grupos humanos que desarrollan sus modos de vida mediante la interacción y adaptación a la variedad de paisajes, ecosistemas y regímenes climáticos, la genética de poblaciones y el estudio de enfermedades genéticas hace de Colombia un atractivo campo de estudio. En este campo, las colectas de muestras biológicas y la obtención de líneas celulares de poblaciones indígenas sin cumplir protocolos culturalmente apropiados sobre consentimiento informado previo han profundizado la desconfianza hacia la investigación. Por ejemplo, hacia finales de los años noventa diversos líderes indígenas se pronunciaron en contra de la Expedición Humana por actividades asistenciales médicas con las cuales ingresó a comunidades indígenas y extrajo muestras de sangre sin informar a sus miembros que las utilizaría para estudios e investigación genética, en alianza con laboratorios fuera del país⁶⁷.

La Corte Constitucional, en una referencia a la conexidad entre el individuo y su grupo más extenso como la familia o la comunidad étnica a través de los datos genéticos, indicó: “En materia de datos genéticos, la doctrina ha reconocido que los sujetos de protección de los mismos, no son solo el individuo de quien proceden. Como ‘sujetos biológicos’ del dato genético, también se encuentran la especie humana, el grupo étnico, la familia biológica y el individuo”⁶⁸. Dado que la información genética de un individuo refleja características hereditarias generacionales, el consentimiento individual puede comprometer la autonomía y la libertad de decisión de los otros miembros de su comunidad étnica.

67 Un ejemplo es la Expedición Humana como proyecto científico institucional diseñado en la Pontificia Universidad Javeriana bajo la dirección del genetista Jaime Bernal Villegas, que durante diez años recolectó muestras de 22 pueblos indígenas y 5 comunidades negras en el país para investigaciones sobre enfermedades y genética de poblaciones. Ver: <http://www.javeriana.edu.co/Humana/humana.html>, consultado el 30 de julio de 2014. Aspectos de esta investigación y los puntos de vista de diferentes actores involucrados pueden verse en: Ramos-García, C. (2004). *Controversia en torno al proyecto Expedición Humana*. Tesis de Socióloga. Bogotá: Departamento de Sociología, Universidad Nacional de Colombia. Sobre las implicaciones de la investigación en comunidades puede verse: Tsosie, R. (2007). “Cultural challenges to biotechnology: Native American genetic resources and the concept of cultural harm”. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 35(3), 396-411.

68 Sentencia C-334 de 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez. La Corte conoce de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16, inciso 1 (parcial) de la Ley 1142 de 2007 y contra el artículo 245, inciso 2, de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), frente a la protección de datos personales. La Corte resuelve estar a lo resuelto en sentencia C-131 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, la cual había declarado exequibles las normas demandadas.

Sin una aproximación ética adecuada, la condición jurídica especial de un pueblo en su conjunto, sus derechos ancestrales sobre el territorio, su cultura y formas de organización social pueden ser menoscabados irreversiblemente por la divulgación de resultados de estudios genéticos que afecten la integridad cultural. Las investigaciones en genética de poblaciones y áreas similares que requieran la colecta de muestras biológicas de miembros de los pueblos indígenas deben tener en cuenta la organización comunitaria y las autoridades tradicionales a través de las cuales se toman decisiones.

Este campo hace necesario el cumplimiento del consentimiento informado previo teniendo en cuenta los derechos reconocidos a los pueblos indígenas como sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales como la identidad y la integridad cultural. Esta obligación no debe recaer solamente sobre los investigadores, sino sobre las instituciones de investigación y las entidades financiadoras cuando se trata de proyectos en genética humana en comunidades indígenas y negras⁶⁹.

Son reiteradas las voces de los líderes y organizaciones indígenas sobre los impedimentos para hacer efectivo su derecho a la participación con incidencia en la toma de decisiones sobre el contenido y orientación de las políticas en biodiversidad. En atención a esta deficiencia, y en forma excepcional en entidades del Estado, la Dirección de Educación y Participación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) impulsó un proceso que concluyó en una propuesta de política pública pluricultural para la protección de los sistemas de conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad en Colombia⁷⁰. El documento que sintetiza las conclusiones de este proceso comienza por reconocer que los conocimientos tradicionales parten de principios espirituales y definen normas de relacionamiento en la comunidad, con otros y con la naturaleza o Madre Tierra. Destaca que estos conocimientos expresan prácticas de conservación y uso sostenible de biodiversidad y de adaptación al cambio ambiental y climático⁷¹.

69 Un mayor desarrollo y descripción del vacío jurídico existente en este campo se presenta en: Nemogá, C. R. (2013). *Investigación Genética y Políticas sobre Biodiversidad: Escenarios para el Reconocimiento de la Diversidad Étnica y Cultural*. Colección Libros Resultados de Investigación. Serie Mayor, No. 2. Bogotá: Ibáñez Editores. La relevancia de observar protocolos apropiados para obtener el consentimiento previo informado puede verse en casos llevados a los estrados judiciales, véase por ejemplo: MacIntosh, C. (2005). "Indigenous self-determination and research on human genetic material: A consideration of the relevance of debates on patents and informed consent, and the political demands on researchers". *Health Law Journal*, 13: 213-251.

70 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2013). *Conocimiento Tradicional y Biodiversidad: Propuesta de Política Pública Pluricultural para la Protección de los sistemas de Conocimiento Tradicional Asociado a la Biodiversidad en Colombia*. Proyecto PNUD COL/7406. Bogotá. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/199891874/Documento-Propuesta-de-politica-publica-pluricultural>. Consultado e 10 de septiembre de 2014.

71 *Ibíd.*



Esta propuesta de política pública avanza en la inclusión de las visiones indígenas, de comunidades negras y locales en el país en temas de conocimiento tradicional vinculado a la biodiversidad. Se incluye como eje articular de la acción del Estado “la protección, preservación, fortalecimiento y reconocimiento efectivo de la diversidad de sistemas de conocimiento tradicional que son interdependientes con la diversidad de paisajes, hábitats, ecosistemas y elementos de la biodiversidad”⁷². Se reconoce que los conocimientos tradicionales forman parte de la identidad cultural de los pueblos indígenas y que es fundamental proteger no solo los conocimientos, sino el entorno social y físico del que forman parte integrante. Este documento sienta unas premisas nodales para la reformulación de la política sobre la biodiversidad en los siguientes elementos: primero, “biodiversidad, territorio y cultura constituyen un todo indisoluble que expresa diversas relaciones del hombre con la naturaleza y una dimensión sagrada del territorio y todo lo que contiene”. Y segundo, “La aproximación integral al conocimiento tradicional también implica el reconocimiento de derechos de las comunidades sobre los recursos biológicos y genéticos”⁷³.

Al referirse al marco jurídico internacional sobre la protección de los derechos de los poseedores sobre los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, el documento en referencia reconoce que las políticas, las medidas administrativas, las herramientas técnicas y el ordenamiento jurídico interno están lejos de reflejar las garantías de dicho marco. El documento Conocimiento Tradicional y Biodiversidad: Propuesta de Política Pública Pluricultural para la Protección de los Sistemas de Conocimiento Tradicional Asociado a la Biodiversidad en Colombia permitiría avanzar en un enfoque desde la bioculturalidad que implica el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales. Su adopción efectiva conllevaría una revisión fundamental de las políticas y legislación sobre biodiversidad y conocimiento tradicional. Sin embargo, este documento se caracteriza ante todo por ser una propuesta marginal de la Dirección de Educación y Participación, pero no del MADS en su conjunto.

Conclusiones

El etnocidio cultural histórico ejercido sobre pueblos indígenas llevó a la pérdida irreversible de conocimientos, prácticas productivas, expresiones culturales y significados espirituales relacionados con plantas, animales y lugares sagrados, que formaban parte integral de la identidad y modos de vida de los pueblos ancestrales.

El enfoque técnico-económico que predomina en la política y legislación sobre biodiversidad, recursos genéticos y conocimiento tradicional profundiza la desconexión con la naturaleza, enfatiza la biodiversidad como materia

72 *Ibid.*, p. 4.

73 *Ibid.*, p. 10.

explotable y rentable, y contribuye al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales.

Instrumentos de derecho internacional que han sido ratificados por Colombia e instrumentos no vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales ofrecen soporte para el desarrollo de un enfoque que contribuya a proteger tanto la diversidad biológica como la diversidad cultural de la nación.

La diversidad biocultural como enfoque conlleva que las políticas, normas e interpretaciones sobre conservación de la biodiversidad reconozcan el vínculo inextricable entre cultura y naturaleza, amplíen la participación de las comunidades indígenas, negras y locales en la definición de políticas y marcos de regulación, y garanticen las condiciones conducentes a la generación, conservación y renovación de sus sistemas de conocimiento.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho sustanciales contribuciones en la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, reconociendo las interrelaciones de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales con el territorio y los recursos naturales. El concepto de bioculturalidad en este campo puede ampliarse y fortalecerse, a menos que el enfoque técnico-económico termine por permear y homogenizar el pensamiento constitucional colombiano. Esta tensión se evidencia en sentencias regresivas como la declaración de exequibilidad de la Ley 1458 de 2011 y la Ley 1515 de 2012, desconociendo los avances constitucionales sobre la garantía de la consulta previa al ignorar la interconexión entre las formas de vida de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos.

La vigencia del Acta UPOV 1968, adoptada por Ley 243 de 1995, y de la Decisión 345 de 1993, con características esenciales de la UPOV 1991, garantizan derechos de explotación y uso comercial sobre variedades vegetales distintas, homogéneas y estables, promoviendo una agricultura de monocultivos que no ofrece protección a las variedades vegetales generadas por las prácticas agrícolas de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales, amenazando y afectando directamente sus modos de vida.

La implementación de un marco jurídico que fragmenta la realidad biológica es contraria a las cosmovisiones indígenas, impide el desarrollo de principios constitucionales sobre la protección de la diversidad biocultural y obstaculiza la protección integral sobre los derechos de los pueblos indígenas prevista en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La diferenciación entre la propiedad de la superficie del suelo frente a los derechos exclusivos y el principio del dominio eminente del Estado en el siglo XIX sirvieron para sustraer los recursos del subsuelo del dominio y control de los pueblos indígenas. La diferenciación entre los derechos de propiedad sobre los recursos biológicos frente a los derechos soberanos del Estado en el siglo XX ha servido



para blindar de legalidad la sustracción de los recursos genéticos del dominio y control de los pueblos indígenas. La protección integral al conocimiento tradicional implica garantizar que los modos de vida de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales se desplieguen en sus territorios reconociendo sus derechos sobre los recursos biológicos y genéticos. La distribución justa y equitativa de beneficios pretendida por el Estado no debe desconocer los derechos de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales.

El alcance del documento Conocimiento Tradicional y Biodiversidad: Propuesta de Política Pública Pluricultural para la Protección de los Sistemas de Conocimiento Tradicional Asociado a la Biodiversidad en Colombia, difundido por el MADS, resulta inconsistente con la política estatal. Esta propuesta de política fue coordinada por el MADS desde el año 2004, su difusión se hizo en el año 2013 y es un avance en el reconocimiento del Estado sobre las relaciones entre la diversidad cultural y la biológica. Sin embargo, durante este periodo el Gobierno presentó y defendió ante el Congreso nacional tratados internacionales que afectan el modo de vida y hábitat de los pueblos indígenas sin cursar el procedimiento de consulta previa. Adicionalmente, impulsó políticas sobre biodiversidad que no consultaron el interés de los pueblos indígenas y las comunidades negras. El Gobierno, a través del Ministerio de Comercio Exterior, con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores y los demás ministerios, adelantó la firma de tratados internacionales en los que se negociaron temas de biodiversidad, conocimiento tradicional y propiedad intelectual sobre materia viva, como el tratado de libre comercio con los EE. UU.⁷⁴. Adicionalmente, el Decreto 1376 expedido en el año 2013 por el MADS sobre investigación en diversidad biológica establece excepciones al régimen de acceso a recursos genéticos y a sus productos derivados sin que para su expedición se contara con la participación de los pueblos indígenas y comunidades negras.

Los programas de investigación sobre biodiversidad no deben ignorar los derechos constitucionales de carácter colectivo de los pueblos indígenas y comunidades negras sobre sus territorios y sus recursos. Los resultados de investigaciones sobre genética humana en comunidades indígenas pueden tener implicaciones sobre la identidad e integridad cultural y social, alterar las interacciones sociales y los sentidos de pertenencia, así como afectar parámetros de organización social. Por ello, es necesario tomar en cuenta la estructura colectiva para toma de decisiones, los usos y costumbres de las comunidades en el momento de cumplir con los estándares de consulta previa y consentimiento informado previo. En este contexto, las políticas sobre biodiversidad y la investigación sobre diversidad genética humana y no humana podrían convertirse en espacios propicios para el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación desde un enfoque biocultural.

⁷⁴ Gómez, M. I. (2010). *Conocimientos tradicionales y biodiversidad en el acuerdo de promoción comercial entre la república de Colombia y los EE. UU. (TLC)*. Bogotá: Convenio WWF Colombia y Universidad Externado de Colombia.

La responsabilidad ecológica

*Brigitte Baptiste**

Creo que el tema que voy a tratar es bastante complementario con la exposición que acaba de hacer Gabriel Nemogá, y me alegra muchísimo porque sin tener su experiencia jurídica, voy a reflexionar más bien desde el ámbito de la gestión de los problemas que estamos observando en el trabajo cotidiano de construir conocimiento para el adecuado manejo de la biodiversidad, y por eso hablo un poco de la noción de la responsabilidad ecológica. De dónde sale, cómo vamos a nutrir el cumplimiento de ese principio constitucional que tenemos todos de asumir responsabilidad ecológica en todas nuestras actividades.

Quisiera plantear tres líneas de reflexión: (i) una primera en relación de quién habla en nombre de la tierra, quién está asumiendo la vocería de la biodiversidad y de qué manera se manifiesta eso en Colombia; (ii) cuáles son las implicaciones de esas formas de hablar de la biodiversidad, dependiente de quién habla, por supuesto quién está interesado en hacer qué con ella, en llevarla a qué punto particular de su relación consigo mismo o consigo misma, y a eso lo llamamos los umbrales del funcionamiento ecológico, es decir, qué tanto a partir de ese conocimiento nos atrevemos a intervenir en el mundo, y hasta qué punto definimos que hay que parar o que hay que seguir y hacia dónde. Y finalmente, uno de los temas que más nos preocupa en este momento, es que (iii) ante el cambio acelerado de todos los ecosistemas, de la presencia o ausencia de su biodiversidad en su conformación por causa humana fundamentalmente, nos encontramos con que las normas pierden vigencia muy rápido, no logran capturar la naturaleza del cambio, no logran ser tan dinámicas o no logran comprender esos procesos de cambio que provienen de las decisiones sociales y

* Bióloga de la Pontificia Universidad Javeriana, magister en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Florida, directora general del Instituto de Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt".



culturales. Esto todo proviene de la construcción de la política nacional integral para la gestión de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos que es el proceso que alimenta la toma de decisiones actual en relación con estos aspectos de los que han hablado las personas que me precedieron.

Quién habla en nombre de la biodiversidad. Pues siempre hablan personas, siempre hablan sociedades, gente. Realmente, lo que llamamos naturaleza, como decía Gustavo Wilches esta mañana, simplemente es, se hace entender, pero somos nosotros los que tenemos la capacidad de darle voz, darle agencia, y en Colombia aunque realmente reconocemos la multiplicidad de visiones que hay sobre el territorio no hemos reconocido la multiplicidad de voces que hablan de esas naturalezas distintas.

Como dice Gabriel Nemogá, son más de 83 pueblos indígenas, más todos las construcciones culturales de comunidades afro, de comunidades palenqueras, de comunidades campesinas, cada una de las cuales evoluciona en su propio contexto, se adapta a la historia con cientos o miles de años de experiencia y aprendizaje, y con base en eso construyen una visión de mundo. Lo cierto es que en Colombia predomina una visión de mundo de la ciencia occidental, y eso ya de por sí representa un ejercicio discriminatorio sobre el conocimiento y sobre las fuentes de gestión o de manejo que estamos teniendo en cuenta. Y además de eso, constituye probablemente una de las principales fuentes de error, porque cómo comparar conocimientos locales producto de la cotidianidad, de la constante elaboración de la convivencia entre la gente, entre lo humano y lo no humano, a través de miles de años, con un modelo epistemológico basado en la separación que apenas lleva poco más de 200 años de trabajo de modernidad en Colombia. Entonces, claramente ahí estamos perdiendo el año. No estamos construyendo una visión de nación compartida y ahí ya hay una gran ruptura en las formas de aproximarnos a esa biodiversidad.

Quisiera, y me encuentro en este momento con la tristeza de recordar, o con la alegría de recordar, pero la tristeza de la evidencia de la muerte la semana pasada de Roberto Franco y de Daniel Matapí, quienes fueron investigadores toda su vida en conocimientos tradicionales, en conocimientos locales y, sobre todo, al final de su trabajo Roberto, de la documentación y construcción de un discurso jurídico-político para defender a los pueblos en aislamiento voluntario. En Colombia se presume que hay al menos siete etnias que han decidido desde hace centenares de años, y lo mantienen, estar aisladas, separadas de la cultura occidental, y no quieren tener nada que ver con nosotros. Por supuesto eso plantea un reto tremendo para la construcción de un Estado de derecho, porque implica una delimitación del alcance de la juridicidad que apenas en Brasil o en otros países se está desarrollando. Sin embargo, sea esta la oportunidad de rendirles un tributo cariñoso a estas dos personas.

Por supuesto que en comunidades negras del Pacífico colombiano las preguntas son de la misma índole, pero también con distinta historia. Por su trasplante continental mucho más reciente, por sus actividades, por las actividades de esclavitud a las que fueron sometidos, por las vicisitudes, la construcción del conocimiento en estas comunidades es muy distinta a la que los pueblos locales y nativos hicieron. En esta cartilla sobre cartografías prácticas y usos del territorio colectivo, en uno de los consejos comunitarios, producto de la Ley 70, se reconoce una serie de preguntas que se están haciendo estas comunidades en relación con el ser comunidad en el Pacífico colombiano después de todos estos procesos históricos. Y por supuesto sobre las decisiones que otros han tomado sobre sus propias vidas.

A eso le tenemos que sumar las visiones de país que cada día burbujean, emergen. Este fin de semana se reunirá nuevamente la Asamblea Nacional de Zonas de Reserva Campesina en el Catatumbo para reclamar por un reconocimiento explícito y activo a la propiedad colectiva o al manejo campesino del territorio, tema que ya ha sido parcialmente resuelto, pero que resultará fundamental para las decisiones del proceso de paz. Cuáles son las visiones campesinas sobre la biodiversidad, cómo se han construido; en qué se parece un productor agropecuario del norte de Boyacá a un productor nariñense o a un pescador de las ciénagas del Magdalena medio, cuál es su relación con esa biodiversidad, cómo se ha construido y cuál es su visión de futuro que quisiera aportar a la construcción de la nacionalidad.

Pero yo no me quedo en esas visiones de esos grupos porque realmente con el 75% de la población viviendo en las ciudades, y viendo la televisión como fuente central de experiencias y de información, pues lo que tenemos es una gran cantidad de neoeecologismos, de visiones de la naturaleza híbridas, tecnológicas e imposibles de juzgar si son adecuadas o no, porque la vida urbana es una innovación sobre la faz de la tierra, en dónde nos encontramos con qué ambientalismo, o protección de la biodiversidad, a veces es sinónimo de las luchas de los animalistas, pero a veces es todo lo contrario y la construcción de discursos coherentes sobre los derechos a la vida de los animales domésticos puede entrar en conflicto con los derechos de los pueblos indígenas de cazar y alimentarse de su fauna silvestre, que son ancestralmente vigentes.

Y por supuesto entramos en la última visión de los neoeecosistemas que se han generado a partir de trasplante de especies, de la manipulación, tanto de variedades como genética de especies, y que culminan en un caso de invasión por hipopótamos en el Magdalena medio, lo cual ya es un síntoma de los absurdos ecológicos a los que nos hemos visto abocados porque en este momento hay por lo menos 30 o 40 hipopótamos importados ilegalmente por narcotraficantes, libres en los humedales del Magdalena medio y ante los cuales la comunidad tiene reacciones contrarias; se trata de una nueva relación de vida con unos animales que nunca existieron en América, extremadamente peligrosos, pero



también extremadamente carismáticos. ¿Tenemos o no tenemos hipopótamos? Los ambientalistas o animalistas urbanos se visten de hipopótamo para protestar frente al Ministerio de Ambiente por su erradicación, mientras que otros en la comunidad científica o en otros frentes apelamos al control, o al menos a la esterilización, si no al sacrificio de estas comunidades.

Grave que todas estas visiones aún se vean como visiones marginales de la realidad del país cuando realmente son centrales porque provienen de su propia historia endógena. Lo marginal eventualmente es lo más reciente, lo más incompleto, pero por fortuna para mí la ciencia es capaz también de entender esa variedad de esas formas de conocimiento y no es autoritaria. Los malos científicos son autoritarios y buscan verdades construidas para siempre. Para muchos, la construcción de una verdad científica se convierte en una visión oficial de un conocimiento que debe adoptarse mediante la norma y que rige para todo el país, y yo creo que esa noción de validación de conocimientos tan múltiples como los que conocemos bajo un solo rasero también es un problema de justicia, es un problema delicado de derecho. Y eso restringe también el alcance de la participación de la construcción de democracia, porque si no damos el estatus de conocimiento válido y completo a la experiencia de otros, sino siempre tenemos que validarlo, por supuesto ya estamos invalidando la capacidad de trabajar como iguales ante un problema, ante una decisión territorial.

Por supuesto que ahí lo que tenemos son problemas graves que incluso nos remontan al debate sobre qué es la naturaleza, qué es un recurso natural. El Instituto Humboldt tiene en su denominación instituto de investigación de recursos biológicos. Es decir, ya está pensado como un elemento para ser aprovechado, es una visión utilitaria. En una visión más amplia, la noción de naturaleza nos recuerda más a la de invención cultural, porque toda naturaleza a la larga es una invención cultural y coherente compartida por un grupo social. Cuando hace un par de semanas un empresario dijo que nos estábamos inventando los páramos en Colombia, y salió publicado en la revista *Semana*, al principio los compañeros y yo nos indignamos, dijimos: ¡pero qué falta de respeto, cómo se le ocurre denigrar de un proceso de conocimiento largo!; pero después, calmados, dijimos: no, tiene toda la razón, los páramos, así como las selvas, así como todo lo que existe, son invenciones culturales. Lo que tenemos que hacer nosotros es garantizar que el método mediante el cual llegamos a un acuerdo para actuar sobre el objeto sea suficientemente robusto. De manera que los páramos son invenciones que creo que hemos logrado que sean muy robustas, pero están libres de exposición de todos porque esa es la única manera de llegar a acuerdos y consensos para el manejo.

Otros problemas que encontramos cotidianamente derivados de este mismo asunto. El problema de la extinción, ¿qué cosa es extinción? Para la ciencia es la desaparición para siempre de una especie. ¿Qué cosa es una especie? Para

la ciencia hay una definición, pero incluso los científicos tienen problemas en algunos niveles para definir especie, entonces hay conceptos muy problemáticos, digamos, para la construcción de una verdad oficial, y ningún buen científico está casado con un concepto cerrado. El problema de la quema, el uso del fuego, el incendio. La mitad de los colombianos son pirómanos, o son muy buenos ecólogos porque saben manejar el fuego para preparar las sabanas de los Llanos como se hace desde hace seis mil años para tener pasturas o para atraer animales o cazar animales. ¿Qué significa la tala? En los cerros orientales de Bogotá estamos tratando de reemplazar todos los bosques antiguos de eucalipto que están a punto de morir o de caerse y no lo podemos hacer porque la ciudadanía considera que esos árboles tienen un valor simbólico tan grande que tumbar un árbol es tala y un daño ambiental tremendo, lo cual está muy bien en términos del afecto y de la apropiación que tenemos sobre los árboles y la vida, pero cuando empezamos a mirar los ciclos y los riesgos y los problemas de los que voy a hablar ahora, no sabría yo si llamar a eso tala o qué.

Plantas de conocimiento. Nos hemos cerrado a la posibilidad de que uno pueda conocer con ayuda de la misma naturaleza que ella se rebele ante nosotros a través de la coca, a través del yahé, de la ayahuasca, a través del yopo, que son tradiciones milenarias mediante las cuales se construye visión de naturaleza y se construye legitimidad para actuar ante la naturaleza, entonces por supuesto que cuando se denigra de estas plantas y de los usos de esas plantas, lo que estamos haciendo es un ejercicio discriminatorio también. Lo que en estos días discutimos sobre el uso de medicinas biológicas, de extractos de plantas de aromaterapia, de uso de plantas nativas para el tratamiento de dolencias, lo cual no se puede hacer sin el sello del Estado que garantice la inocuidad. ¿Será que lo que le interesa al Estado es la inocuidad o garantizar la apropiación de esos recursos por terceros y evitar la solución de problemas cotidianos a través de las tecnologías propias?

Y, finalmente, tengo que decirlo: la concepción de naturaleza y el discurso de la naturalidad también se ha vuelto problemático al hacer, al tomar, decisiones en relación con la construcción del cuerpo, en nuestra cultura, y con la construcción y la definición de la licitud de los tipos de relacionamiento sexual o de género que tenemos entre nosotros. Entonces nuestro modelo de naturaleza afecta todas estas circunstancias y por supuesto hay unas naturalezas más importantes que otras en lo que estamos viendo.

El segundo tema tiene que ver entonces, más que con la construcción de esos conocimientos diversos, con el uso de esos conocimientos para la toma de decisiones. Qué tanto esos conocimientos nos permiten tener una visión amplia, una visión suficiente para tomar decisiones del presente hacia el futuro. Y por qué estamos hablando del futuro con biodiversidad. Porque la vida siempre se está moviendo, siempre está creciendo, no hay nada vivo que esté quieto, y por tanto, en una metáfora talvez inapropiada, el blanco siempre



es móvil. Cuando tenemos que definir una regla sobre algo que está creciendo es factible que la regla pierda vigencia en tanto el objeto se metamorfosea y los objetos complejos como los que tienen que ver con la vida se metamorfosean de maneras inesperadas, porque así es la evolución. La evolución es una cadena de eventos inesperados, impredecibles, claro, a escala de miles de millones de años o de cientos de millones de años, pero aun así la aparición de especies, la extinción, en procesos espontáneos, es imposible de predecir. No sabemos qué va a pasar en la biota en los próximos cien años a raíz del calentamiento global. Predecimos extinciones masivas, pero también hay autores que dicen que la biodiversidad dentro de 200 o 500 años, ya sin humanos, va a recuperar su plenitud y esplendor de hace 40 millones de años, y hablo del doctor Carlos Jaramillo del Instituto Smithsonian.

¿Qué cosa es un caso crítico? ¿La muerte de un chigüiro por sed es una crisis ambiental o simplemente es un fenómeno normal dentro del ciclo de la vida? ¿La enfermedad, la migración, la configuración de bosques de distintos tipos, la aparición de un incendio son fenómenos atípicos o representan patrones persistentes que debemos preservar? Entonces, en la biología de la conservación o en general en el manejo ambiental, la pregunta por los *umbrales* de cambio es importantísima. Cómo entendemos el cambio biológico y asociado con nosotros, nuestro comportamiento y cómo lo manejamos hasta donde sea manejable, a nuestro favor o en favor de una comunidad ampliada, y ahí hay conceptos que tienen que ver con, como les digo, *umbrales* de normalidad, capacidades de recuperación, vulnerabilidad, irreversibilidad, resiliencia, todos descritos y trabajados esta mañana por Gustavo Wilches en relación con las catástrofes.

Y esta gráfica, con la que concluyo, habla de los umbrales de cambio cuando el cambio se considera inaceptable. ¿Cómo juzgamos si damos el brinco o no, por ejemplo, hacia la minería en la cuenca del Combeima? ¿Ese cambio va a ser benéfico para todos, para unos pocos, para la comunidad humana o para algunos de dicha comunidad? ¿O para todos representa una oportunidad de restauración de la cuenca para mejorar el funcionamiento y la gobernabilidad? ¿O, por el contrario, representa una amenaza radical, un riesgo excesivo de contaminación y de daño a las funciones ecológicas?

Creo que el señor presidente expresó esta mañana ambas posibilidades y todo el mundo se está tirando la pelota a ver quién es el que trata de acercar la aparente existencia de un punto medio. Pero no es cierto, no hay un punto medio, probablemente si hay algún tipo de acuerdo, va a moverse más hacia a un lado que hacia el otro porque, diría yo, precede el derecho a la vida. Sin vida no hay desarrollo del cual hablar. No hay conflicto entre conservación y desarrollo porque si no hay conservación no hay posibilidades de desarrollo. En cambio, al revés sí. Entonces no es tan asimétrica la cuestión. Sin embargo, esta gráfica se las dejo porque vuelvo al tema del conocimiento y creo que tengo que concluir. No hay ningún conocimiento tan certero que pueda decir qué va a

pasar con el cambio climático en cincuenta años, qué va a pasar con la cuenca del Combeima dentro de treinta, o si la ciudad de Ibagué y los habitantes del Tolima seguiremos cultivando arroz o si eso definitivamente desaparecerá o será reemplazado por otra cosa.

La ciencia establece escenarios que no son predictivos y dice: estas son posibles resoluciones del proceso de acuerdo con suposiciones. Eso no es tan útil a veces para tomar decisiones porque implica que la pelota, insisto, pase de la política a la ciencia y vuelva a la política y luego vuelva a la ciencia. Pero, finalmente, la decisión es conjunta, es una decisión de un alto contenido político en la medida en que hay que asumir riesgos y hay que distribuir los riesgos entre la población, entre quienes tomaron la decisión, y generar las salvaguardas en caso de que no funcione la cosa, y si funciona, generar las condiciones de distribución de los beneficios. Entonces, la ciencia no puede, insisto, garantizar ningún escenario, debe acompañar la decisión, hacerse responsable por supuesto, no es lavarse las manos, y ahí es donde tenemos un reto de innovación institucional para que la responsabilidad colectiva realmente pueda asumirse como tal.

Bueno, aquí les tengo simplemente noticias de todos los productos con los cuales hemos tratado de llenar ese conocimiento que se requiere para la toma de decisiones. Por supuesto, ahí en los libros que tienen a su derecha está el mapa con la delimitación del complejo de páramos de Chili y Barragán a escala 1 a 100.000, que fueron páramos que aparecieron, diría alguien, en el horizonte, porque refinamos la escala de observación. Indudablemente, a medida que uno se acerca al territorio ve más y mejor.

El tema de servicios ecosistémicos era para el cierre, sobre todo para reconocer cómo dependemos, independientemente de la forma en que lo representemos, de eso que llamamos naturaleza. Sin el funcionamiento biológico, vivo, de los territorios, nosotros no tenemos nada qué decir, y ese funcionamiento estamos lejos de controlarlo. Estamos nosotros, manejamos una especie en un cultivo en el que nuestros compañeros indígenas manejan la agricultura migratoria ya con una complejidad muchísimo más grande. Nosotros nos concentramos en la genética de las variedades hasta agotarla. Otros enfoques como la agroecología trabajan a escalas del paisaje para mirar la salud de los ecosistemas, en fin.

Entonces, creo que los dejo con esta diapositiva para simplemente mencionar algunos de los retos que yo creo que tenemos por delante en términos de incorporar el conocimiento científico, el conocimiento de otras ciencias, de otras fuentes, en el manejo de la biodiversidad colombiana. Y hay mucho trabajo por hacer. Muchas gracias.





Panel III

Agua

Agua: derecho fundamental

Rodrigo E. Negrete Montes*

*(...) conforme a las normas de la Carta que regulan la materia ecológica, a su vez inscritas en el marco del derecho a la vida cuya protección consagra el artículo 11 del mismo ordenamiento, esta Corte ha entendido que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.***

*El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público.****

Introducción

El agua es la única molécula que existe a temperaturas ordinarias en los tres estados de la materia –sólido, líquido y gaseoso–, además es la de mayor abundancia y resulta esencial para la vida de los organismos conocidos en el planeta.

Se estima que el agua ocupa un 71% de la superficie del planeta¹. Las aguas continentales que se encuentran en estado líquido –ríos, lagos, lagunas, quebradas, riachuelos, aguas subterráneas– solo suman el 1%; las que se encuentran en estado sólido –casquetes polares, glaciares– ocupan el 2%, mientras que el agua de los océanos se estima en un 97%.²

* Consultor legal ambiental.

** Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

*** Corte Constitucional Sentencia T-740/11 Referencia: expediente T-2.438.462. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm>

1 Ver: <http://water.usgs.gov/edu/earthhowmuch.html>

2 Ver: <http://water.usgs.gov/edu/earthhowmuch.html>



La importancia del agua y el desarrollo humano se encuentra evidenciada desde la antigüedad, de hecho las más importantes civilizaciones de la historia se desarrollaron en Mesopotamia, Egipto, India y China y todas ellas se ubicaron a la orilla de grandes ríos, como el Tigris y el Éufrates, el Nilo, el Indo y el Amarillo; se trataba de tierras fértiles, con las condiciones necesarias para el desarrollo. En la actualidad esta situación persiste: Roma y el Tíber, Londres y el Támesis, París y el Sena, Nueva York y los ríos Este y Hudson, solo por citar unos ejemplos.

No obstante, la importancia del agua en la existencia del hombre, esta, además de sufrir el rigor de los procesos de deterioro natural (erupciones volcánicas, incendios, aludes, deslizamientos, fenómenos de remoción en masa, etc.), padece unos impactos mucho más nocivos y permanentes y son los generados por el hombre en virtud de una serie de actividades como los desarrollos industriales y urbanos, agricultura, ganadería, minería, exploración, explotación y transporte de hidrocarburos, generación y transmisión eléctrica, construcción de infraestructura vial, portuaria, vertimientos, tala de bosques, entre otros.

Las alteraciones que ocasiona el hombre a la naturaleza inciden de manera significativa en el cambio climático que hoy por hoy tiene en alarma al planeta y que en Colombia, de manera particular, se ha evidenciado con dos situaciones extremas: la ola invernal de 2010-2011 y los períodos de sequía que se han presentado en algunas regiones del país durante el año 2014 (Casanare, costa Caribe), amén de otras manifestaciones como la disminución de los glaciares (nevados).

Sumado a lo anterior –en relación directa con la conservación del ambiente y el acceso al agua potable–, en el 2000 los países miembros de las Naciones Unidas acordaron cumplir para 2015 con los Objetivos de Desarrollo del Milenio que son ocho propósitos de desarrollo humano, dentro de los cuales se destaca:

Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.

- Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente.
- Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010.
- Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.
- Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala³ que:

3 Ver: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>

Unos 2200 millones de personas son pobres o casi pobres, según advierte el Informe de 2014 sobre el Desarrollo Humano⁴ acerca de la vulnerabilidad y la resiliencia. En el documento se pide el acceso universal a los servicios sociales básicos y políticas más fuertes de protección social y de pleno empleo, con el objetivo de impulsar y asegurar el avance en el desarrollo. Las situaciones de vulnerabilidad permanente amenazan el desarrollo humano y, a menos que se aborde sistemáticamente con legislación y políticas sociales, el progreso no será ni equitativo ni sostenible.

En Colombia, por su parte, si bien se han suscrito todos o casi todos los tratados, convenios y protocolos internacionales sobre medio ambiente, que además cuenta con una Constitución Ecológica y que existen políticas, normas, instituciones, instrumentos administrativos, financieros y económicos cuyo fin primordial está dirigido a la conservación y uso sostenible del ambiente y el agua como componente estructural del mismo, es evidente que no se están produciendo los efectos esperados, especialmente por la ausencia de un ordenamiento ambiental del territorio donde el agua sea el eje articulador y donde de manera integral y coherente se ordene y planifique la conservación y uso sostenible de los recursos naturales, especialmente del agua y se conserve para las generaciones presentes y futuras.

Conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional, el agua presenta la doble calidad de derecho fundamental y servicio público –según se dispone en varios fallos, especialmente en la Sentencia T-540 de 2011–, lo que debe mirarse de manera armónica de lo dispuesto por ese Alto Tribunal en el sentido de que el ambiente sano se considera como derecho fundamental⁵ cuando se dan una serie de condiciones de las que nos ocuparemos en la primera sección de este capítulo.

La relación agua y vida y otros derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y reconocidos por la jurisprudencia pone en evidencia el grave riesgo que existe tanto para los seres humanos como para los demás organismos vivos conocidos en el planeta ante la ausencia de políticas, estrategias y acciones claras en relación con la conservación del agua.

La importancia del agua para el mantenimiento y la preservación de la vida en el planeta no es objeto de cuestionamiento, como tampoco el hecho de que el agua se considere un derecho fundamental y un servicio público. Sin embargo, no es claro cómo hacer efectivo este derecho fundamental cuando el agua no está asociada al servicio público domiciliario de acueducto, sino como parte del ambiente.

4 Ver: <http://hdr.undp.org/en/2014-report/download>

5 Ver: Sentencia T- 411 de 1992, C-431 de 2000, C-671 de 2001, C-703 de 2010, T-154 de 2013, entre otras.



Asimismo resulta evidente que a pesar de la existencia de políticas e instrumentos para la conservación y uso sostenible del agua y para su planificación y ordenamiento a cargo del Estado, el deterioro, contaminación y destrucción de las fuentes de agua indican que estos no están cumpliendo con ese papel de manera cabal, por lo que se requiere más que de simples enunciados retóricos sin desarrollo real y de instrumentos administrativos – licencias, permisos, tasas, planes de ordenación de cuencas hidrográficas, POT, etc.,– que al parecer están cumpliendo un papel formal y no sustancial como debe ser en un Estado social de derecho.

Por lo anterior, en el presente escrito se mencionarán dos asuntos concretos: una primera sección en la que se hará referencia al agua como derecho fundamental, –componente del ambiente, esencial para la vida, y además una referencia al servicio público de acueducto–; y una segunda sobre el ordenamiento ambiental del territorio, las políticas e instrumentos existentes para su ordenación, donde el agua debe ser el eje articulador.

Derecho fundamental al agua

Antecedentes. Estado social de derecho, derecho fundamental a un ambiente sano y al agua. Servicio público

Antecedentes normativos

La evolución que se ha presentado en la legislación colombiana desde sus inicios hasta las actuales regulaciones sobre la relación sociedad-naturaleza, involucran de manera directa al ambiente y, en particular, al agua como eje esencial del mismo. Pero además se han ido analizando y reformulando los paradigmas que determinan la manera en que nuestro Estado Social de Derecho concibe a la naturaleza⁶.

En ese contexto es preciso señalar que si bien de vieja data la legislación colombiana se ha ocupado del agua, como en el Código Civil, donde se incluyeron asuntos relacionados con el dominio de las aguas,⁷ el aprovechamiento, la

6 Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-608/11. La Constitución ecológica y la protección al medio ambiente sano dentro del ordenamiento nacional.

En un principio la normatividad nacional se limitaba a regular las relaciones entre personas, entendiendo que la regulación respecto del uso de los recursos naturales se limitaba a su propiedad, puesto que la naturaleza estaba ahí para servir al desarrollo de la humanidad. De lo que se evidencia una visión netamente utilitarista del medio ambiente, así la apropiación y uso de los recursos naturales podía hacerse sin limitación alguna, de forma indiscriminada, en aras del progreso de la humanidad. Dentro de la legislación nacional, al respecto se encontraba normatividad aislada referente al uso de algunos recursos naturales como las aguas y bosques. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-608-11.htm>

7 Artículo 677. Propiedad sobre las aguas. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños. Artículo 683. Aprovechamiento de aguas. No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas.

accesión, avulsión, los predios ribereños, entre otros aspectos, no es menos cierto que se trató de una norma que no tenía como finalidad regular aspectos ambientales, como claramente expresó la Corte Constitucional, según veremos.

Con la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 –Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Ambiente (CNRNR)– se da inicio en el país a la legislación ambiental como bien lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-126 de 1998⁸ (magistrado ponente Alejandro

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

Artículo 720. Accesión de aluvión. El terreno de aluvión accede a las heredades riberanas, dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá a la Unión.

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

Artículo 722. Avulsión. Sobre la parte del suelo que, por una avenida o por otra fuerza natural violenta, es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevarse, pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada.

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

- 8 La distinción entre legislación ambiental y legislación civil sobre recursos naturales y la ausencia de extralimitación. Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Gobierno no se excedió al expedir los artículos 106 a 118 del Decreto 2811 de 1974 ya que es cierto que esos artículos modificaron normas del Código Civil, pero en un asunto que caía en su órbita de competencia, puesto que estas servidumbres están directamente relacionadas con el uso de recursos naturales renovables como el agua. Es más, esta Corporación considera que la decisión gubernamental de modificar ciertas normas civiles es totalmente congruente con la finalidad de la regulación ecológica que se quería expedir en ese momento, puesto que uno de sus objetivos, tal y como lo establece la ley habilitante y las primeras normas del propio código, era lograr un aprovechamiento racional y una adecuada conservación de los recursos naturales renovables. En tales circunstancias, resultaba perfectamente razonable que el Presidente haya querido sustraer ciertos asuntos relacionados con el uso y la explotación de tales recursos de la legislación civil, por cuanto esta se rige primariamente por el principio de autonomía de la voluntad, el cual puede entrar en conflicto con la función ecológica de la propiedad (C. P. art. 58) y con la nueva relación entre la sociedad y naturaleza, que es propia de una legislación ambiental, como la que se quería expedir. Así, esta Corporación ya había señalado que “la filosofía que inspiró al Código de 1974 fue la de recoger y someter a crítica toda la legislación de aguas vigente hasta entonces, actualizarla y complementarla, de modo que guardara armonía con su concepción ambientalista moderna que propugna la regulación normativa integral sobre los recursos naturales y la protección al ambiente, dado que aquellos constituyen un elemento esencial de este”. En el fondo, se podría decir que la finalidad del código fue la de crear una legislación ambiental en el país, por lo cual decidió sustraer de la legislación civil ciertas materias relacionadas con el uso de los recursos naturales. En efecto, no toda disposición jurídica que regula el empleo de un recurso natural debe ser entendida como una norma ambiental. Por ejemplo, muchos artículos del Estatuto Civil establecen cómo se adquieren y transfieren los bienes materiales, que son en muchos casos recursos naturales, pero no por ello esas disposiciones civiles se transforman en normas ambientales, ya que no solo están basadas en el principio de autonomía de la voluntad sino que, además, están interesadas fundamentalmente en regular la circulación social de estos bienes, por lo cual la relación entre las personas y los ecosistemas pasa prácticamente en silencio. En cambio, lo propio de una norma ambiental es que considera a la naturaleza no solo como un objeto de apropiación privada o social, sino como un bien jurídicamente tutelable, con lo cual la relación normativa entre la naturaleza y la sociedad se transforma, tal y como se mostrará posteriormente en los fundamentos 18 a 21 de esta sentencia. El pensamiento ecológico y las normas ambientales implican entonces un cambio de paradigma, que obliga a repensar el alcance de muchas de las categorías jurídicas tradicionales, ya que la finalidad del derecho se amplía. En efecto, el ordenamiento jurídico ya no solo buscará regular las relaciones sociales, sino también la relación de la sociedad con la naturaleza, con el fin de tomar en cuenta el impacto de las dinámicas sociales sobre los ecosistemas, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social. En tales circunstancias, si la finalidad de las autorizaciones conferidas al Presidente era crear una verdadera legislación ambiental, entonces es natural que esa competencia incluyera la posibilidad de modificar la legislación civil sobre recursos naturales con el fin de convertir esas disposiciones de derecho privado en normas ambientales. (...).



Martínez Caballero) y por supuesto que la regulación del agua como recurso natural renovable está presente de manera preponderante en el articulado del referido Código y modificó y derogó las disposiciones contrarias, como ocurrió en lo pertinente con el Código Civil. Esto fue reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-608/11⁹.

Con la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 se presentó un significativo avance normativo en el país con respecto al ambiente y los recursos naturales y la relación entre la naturaleza, el Estado y la sociedad ya que como bien dice la Corte en la sentencia antes citada:

La finalidad del derecho se amplía. En efecto, el ordenamiento jurídico ya no solo buscará regular las relaciones sociales, sino también la relación de la sociedad con la naturaleza, con el fin de tomar en cuenta el impacto de las dinámicas sociales sobre los ecosistemas, así como la repercusión del medio ambiente en la vida social.

Entre otras cosas, dispone el CNRRN:

Artículo 1°. El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.

Artículo 2°. Fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos, este Código tiene por objeto:

1. Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de estos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.
2. Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.
3. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente.

Artículo 3°. De acuerdo con los objetivos enunciados, el presente Código regula:

9 Corte Constitucional. Sentencia T-608/11. (...) En virtud de las facultades conferidas por la Ley 23 de 1973, el Gobierno nacional dictó el Decreto 2811 de 1974, por medio del cual se expidió el Código de Recursos Naturales y Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en adelante el CRNR. Dicho texto reafirmó lo dicho en la Ley 23 de 1973 y adicionalmente reguló la propiedad y uso de los recursos naturales, entre otras cosas. Para esta época, se puede afirmar que hay una evolución respecto de la normatividad ambiental, puesto que se busca una sistematización de la misma y, por tanto, se hace una codificación, dando nacimiento al “derecho ambiental” colombiano.

a) El manejo de los recursos naturales renovables a saber: (...)

2. Las aguas en cualquiera de sus estados. (...)

9. Los recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo del mar territorial y de la zona económica de dominio continental e insular de la República. (...)

Artículo 39. Para prevenir y para controlar los efectos nocivos que puedan producir en el ambiente el uso o la explotación de recursos naturales no renovables, podrán señalarse condiciones y requisitos concernientes a:

a) El uso de aguas en el beneficio o el tratamiento de minerales, de modo que su contaminación no impida ulteriores usos de las mismas aguas, en cuanto estos fueren posibles;

b) El destino que deba darse a las aguas extraídas en el desagüe de minas;

c) El uso de aguas en la exploración y explotación petrolera, para que no produzca contaminación del suelo ni la de aguas subterráneas;

d) El uso de aguas utilizadas para la recuperación secundaria de yacimientos de hidrocarburos o gases naturales, para que no produzcan riesgos o perjuicios ambientales.

e) Trabajos graduales de defensa o de restauración del terreno y de reforestación en las explotaciones mineras a cielo abierto, en forma que las alteraciones topográficas originadas en las labores mineras sean adecuadamente tratadas y no produzcan deterioro del contorno;

f) Lugares y formas de depósito de los desmontes, relaves y escoriales de minas y sitio de beneficio de los minerales;

g) Las instalaciones que deban constituirse, en las explotaciones de hidrocarburos y gases naturales y las precauciones para que los derrames de petróleo y escapes gaseosos no dañen los contornos terrestres; o

h) Los lugares, las formas de lavado y las condiciones de operación de los buques y demás vehículos que transportan sustancias capaces de ocasionar deterioro ambiental;

Artículo 80. Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

Cuando en este Código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público.

Artículo 81. De acuerdo con el artículo 677 del Código Civil, se entiende que un agua nace y muere en una heredad cuando brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad.

Artículo 82. El dominio privado de las aguas se extingue por ministerio de la ley por no utilizarlas durante tres años continuos a partir de la vigencia de este código, salvo fuerza mayor.

Para declarar la extinción se requerirá decisión administrativa sujeta a los recursos contencioso administrativos previstos por la ley.

Artículo 83. Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles del Estado:



- a) El álveo o cauce natural de las corrientes;
- b) El lecho de los depósitos naturales de agua.
- c) Las playas marítimas, fluviales y lacustres;
- d) Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho;
- e) Las áreas ocupadas por los nevados y los cauces de los glaciares;
- f) Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas;

Artículo 84. La adjudicación de un baldío no comprende la propiedad de aguas, cauces ni, en general, la de bienes a que se refiere el artículo anterior, que pertenecen al dominio público.

Artículo 85. Salvo los derechos adquiridos, la nación se reserva la propiedad de aguas minerales y termales y su aprovechamiento se hará según lo establezca el reglamento.

Artículo 88. Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión.

Artículo 312. Entiéndese por cuenca u hoya hidrográfica el área de aguas superficiales o subterráneas, que vierten a una red hidrográfica natural con uno o varios cauces naturales, de caudal continuo o intermitente, que confluyen en un curso mayor que a su vez, puede desembocar en un río principal, en un depósito natural de aguas, en un pantano o directamente en el mar.

La cuenca se delimita por la línea del divorcio de las aguas.

Artículo 314. Corresponde a la Administración Pública:

- a) Velar por la protección de las cuencas hidrográficas contra los elementos que las degraden o alteren y especialmente los que producen contaminación, sedimentación y salinización de los cursos de aguas o de los suelos;
- b) Reducir las pérdidas y derroche de aguas y asegurar su mejor aprovechamiento en el área.
- c) Prevenir la erosión y controlar y disminuir los daños causados por ella;
- d) Coordinar y promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables de la cuenca en ordenación para beneficio de la comunidad;
- e) Mantener o mejorar las condiciones ecológicas del agua, proteger los ecosistemas acuáticos y prevenir la eutroficación;
- f) Dar concepto previo para obras u operaciones de avenamiento, drenaje y riego y promoverlas o construirlas cuando falte la iniciativa privada.
- g) Autorizar modificaciones de cauces fluviales;
- h) Señalar prioridades para el establecimiento de proyectos y para utilización de las aguas y realización de planes de ordenación y manejo de las cuencas, de acuerdo con factores ambientales y socioeconómicos.
- i) Organizar el uso combinado de las aguas superficiales, subterráneas y meteóricas;

j) Promover asociaciones que busquen la conservación de cuencas hidrográficas, y

k) Tomar las demás medidas que correspondan por ley o reglamento. (...)

Artículo 316. Se entiende por ordenación de una cuenca la planeación del uso coordinado del suelo, de las aguas, de la flora y la fauna, y por manejo de la cuenca, la ejecución de obras y tratamientos.

Artículo 317. Para la estructuración de un plan de ordenación y manejo se deberá consultar a los usuarios de los recursos de la cuenca y a las entidades, públicas y privadas, que desarrollan actividades en la región.

Artículo 318. La administración declarará en ordenación una cuenca cuando existan condiciones ecológicas, económicas y sociales que así lo requieran.

Artículo 319. El plan de ordenación y manejo de una cuenca en ordenación será de forzoso cumplimiento por las entidades públicas que realicen actividades en la zona.

Artículo 320. A los particulares que no se avinieren a adecuar sus explotaciones a las finalidades del plan se podrán imponer las limitaciones de dominio o las servidumbres necesarias para alcanzar dichas finalidades, con arreglo a este código y a las demás leyes vigentes.

Artículo 321. En las cuencas hidrográficas sometidas a planes de ordenación y manejo, la construcción y operación de obras de infraestructura y, en general, la utilización directa o indirecta de los recursos naturales estarán sujetas a los planes respectivos.

Como se aprecia, el CNRRNR claramente estableció una serie de obligaciones en cabeza del Estado a fin de que regulara, administrara, conservara, protegiera, ordenara y planificara el agua, como patrimonio común, recurso natural renovable y bien de uso público,¹⁰ con lo cual se pasó de un régimen privado (Código Civil) a otro que aun manteniendo un claro sesgo antropocentrista, considera a la naturaleza como un “bien” que debe ser objeto “de respeto y de cuidado”¹¹.

La consideración del agua como bien público la saca del comercio y salvo derechos adquiridos que debieron consolidarse antes de la expedición del

10 Corte Constitucional. Sentencia T-500/12. (...) Por su parte, el Decreto Ley 2811 de 1974, artículo 80, señala: “Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Cuando en este Código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público”. Se colige que aunque el Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente utilizó la denominación “de dominio público”, la connotación para el agua como bien de “uso público” también le encaja, a partir de una interpretación sistemática e integradora con lo indicado en el Código Civil y las normas que lo reforman, desarrollan y complementan. Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-500-12.htm>

11 Corte Constitucional. Sentencia T-608/11. (...) El medio ambiente no debe ser concebido solamente desde una perspectiva antropocéntrica, entendiendo que el único fin de preservación es que en un futuro la naturaleza tenga alguna utilidad para el ser humano y no sea aliciente en el progreso de la humanidad, sino que la postura frente a este bien debe ser de respeto y de cuidado. Teniendo en cuenta que debe haber un desarrollo armónico en donde el actuar de los seres humanos en relación al medio ambiente debe responder a la visión en donde los demás integrantes del medio ambiente son entes dignos que no se encuentran a disposición absoluta e ilimitada del ser humano. De tal forma que debe ser vista y entendida bajo el supuesto de que el ser humano es un elemento más de la naturaleza y no un superior que tiene a su disposición el medio ambiente.



Decreto Ley 2811 de 1974¹² no puede ser objeto de apropiación privada, es imprescriptible, inalienable e inembargable y sobre él, como sobre todos los demás recursos renovables, el Estado ejerce dominio eminente como expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-126 de 1998¹³ de manera que su regulación debe realizarse conforme a los mandatos constitucionales y legales, especialmente atendiendo que conforme al inciso 2 del artículo 107 de la Ley 99 de 1993 las normas ambientales son de orden público y no pueden ser objeto de transacción o negociación en su aplicación.

No obstante, cuarenta años después de la expedición del CNRNR la realidad nacional demuestra que no se ha dado cumplimiento integral a sus disposiciones –como ocurre con la protección efectiva del agua y la ordenación de las cuencas hidrográficas–, que salvo pocas excepciones siguen sin contar con los planes de ordenación y manejo y las que cuentan con dicho instrumento, algunos de manera parcial, no son gestionadas de manera adecuada, de forma que la ausencia estatal es evidente y se mantienen los procesos de deterioro ambiental.

En relación con la consagración legal del agua como bien de uso público, el artículo 63 de la Constitución Política establece:

Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En la Sentencia T-500/12, a la cual nos referiremos de manera extensa posteriormente, la Corte Constitucional señala:

6.6. De lo anterior, se debe resaltar que aunque en la Constitución no se encuentra especificado que las aguas son de uso público, sí se dispuso que dichos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables, concepto dentro del cual debe entenderse que se encuentran incluidas las aguas.

12 En todo caso, la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables debe ejercerse atendiendo la función social y ecológica de la propiedad prevista en el artículo 58 de la Constitución Política. En ese sentido ha expresado la Corte Constitucional. Sentencia 126/98. (...) En efecto, como ya se mostró, la Carta autoriza el dominio sobre los recursos renovables, aunque, como es obvio, debido a la función ecológica que le es immanente (C. P. art. 58), ese derecho de propiedad se encuentra sujeto a las restricciones que sean necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible (C. P. arts. 79 y 80).

13 Corte Constitucional. Sentencia 126/98. (...) Por tal razón, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la norma según la cual el territorio pertenece a la Nación consagra una figura diferente a la propiedad privada o pública, a saber, el llamado “dominio eminente del Estado”, el cual comprende todas aquellas facultades inherentes a la soberanía que tiene el Estado sobre su territorio y sobre los bienes en él contenidos, a fin de conservar el orden jurídico y cumplir las funciones constitucionales que le han sido atribuidas. Esto significa que ese dominio eminente no es carácter económico, como el derecho de propiedad, sino que tiene naturaleza jurídico-política, pues la Nación no es “dueña” del territorio, en el sentido de ser su propietaria, sino que le “pertenece”, por cuanto ejerce soberanía sobre estos espacios físicos, ya que el territorio es el ámbito espacial de validez de las normas estatales. Por ende, el dominio eminente sobre el territorio previsto por el artículo 102 es perfectamente compatible con el reconocimiento de la propiedad privada sobre tierras o recursos naturales renovables.

De igual manera, con respecto al ambiente sano y los deberes del Estado en esa materia, los artículos 8°, 79 y 80 de la Constitución Política prevén:

Artículo 8°. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

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

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

De acuerdo con estos artículos, el ambiente, y de manera especial el agua como recurso en el que se sustenta la vida en el planeta, se constituye en el referente por conservar, ordenar y planificar por excelencia, con lo cual se cumple en gran medida con los fines esenciales del Estado. Por ello, no es comprensible que en el país se privilegien una serie de políticas y acciones que van en contravía con el deber de conservación ambiental –como ocurre con actividades extractivas como la minería, que se ha privilegiado en el país sobre el ambiente, lo que reviste mayor gravedad si se trata de ecosistemas estratégicos asociados al agua, como los páramos y humedales– tal como ha evidenciado la Contraloría General de la Nación en los cuatro tomos de la serie Minería en Colombia¹⁴ de reciente publicación.

No obstante la existencia de otras disposiciones legales que se relacionan con el ambiente y en particular con el agua, destacaremos tres en particular: las Leyes 99 de 1993, 142 de 1994 y 1450 de 2011; esto por supuesto sin olvidar el referente constitucional –fundamental en este contexto– al cual nos referiremos en función de desarrollos jurisprudenciales esclarecedores.

Señala la Ley 99 de 1993, “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 1° donde se consagran los “Principios Generales Ambientales” que:

14 Los cuatro libros pueden ser consultados en la página web: <http://www.colombiapuntomedio.com/>



La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:
(...)

4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial.

5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso. (...)

A su vez, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, si bien tiene su razón de ser en mandatos previstos en la Constitución Política y de manera consecuente en el Estado Social de Derecho, le agrega un ingrediente adicional al agua, porque al estar asociado a un servicio público, objeto de una regulación que difiere de la del medio ambiente y con marcado acento económico se rompen en gran medida los valores intrínsecos del agua como parte de la naturaleza y como medio vital de los organismos que habitamos el planeta, y de manera consecuente de la interrelación con el hombre, al punto de ser vista como un recurso objeto de apropiación, y no como un bien público esencial para la vida.

Señalan algunos de los artículos de las normas en cuestión:

Artículo 4°. Servicios Públicos Esenciales. Para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley, se considerarán servicios públicos esenciales.

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...)

14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo.

14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

Al concebir el agua asociada a los servicios de alcantarillado y aseo, esta empieza a ser mirada como un objeto de apropiación que genera lucro, especialmente en las poblaciones de mayor cantidad de habitantes, en las cuales, por regla general, existen empresas prestadoras de estos servicios que se obtienen ganancias económicas con la prestación de los mismos, a diferencia de las pequeñas

poblaciones, donde los municipios continúan prestando el servicio, en muchos casos, con pérdidas económicas. Esto que tiene su origen en diferentes causas, entre ellas la desidia administrativa, la corrupción, la ausencia de políticas claras, la cultura del no pago, las instalaciones ilegales, etc.

La doble condición del agua como recurso natural, esencial para la vida, y en función de servicios públicos domiciliarios, debería constituirse en una estrategia enmarcada en una política pública que jalone los procesos de conservación integral del recurso del cual se abastecen los acueductos, no obstante, por regla general cada entidad –tanto las ambientales, como los municipios y ESP– tiene sus propios intereses y los fines esenciales de Estado y el deber de coordinación previsto en los artículos 2º y 209 de la Constitución Política no son acatados con el alcance que previo el constituyente, lo cual sumado a la afectación, alteración y destrucción de los nacimientos y fuentes de agua son factores que atentan contra su conservación.

Estado social de derecho, derecho fundamental a un ambiente sano y al agua. Servicio público

Ante el mandato constitucional que pone en cabeza del Estado y de los particulares la conservación del ambiente –en una responsabilidad compartida pero diferenciada– donde las reglas de juego deben ser establecidas por las entidades públicas, surge la necesidad de precisar el alcance de los deberes y principios previstos en la Constitución Política en el marco del Estado social de derecho, de manera que no existan dudas hacia dónde debe dirigirse el accionar estatal.

Para el efecto enunciado se traerán a colación algunas de las consideraciones expuestas en el libro 3 *Daños ecológicos y socioeconómicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo* de la serie sobre minería en Colombia publicado por la Contraloría General de la República (CGR). En el capítulo III, “Licencias ambientales: entre el deterioro grave y el daño ambiental”, escrito por Laura J. Santacoloma Méndez y Rodrigo E. Negrete Montes, además de efectuar un análisis y cuestionamiento sobre la eficacia y efectividad de la licencia ambiental en el contexto del desarrollo sostenible, se hace una breve referencia al deber ser en un Estado social de derecho. Entre otras cosas se expresa:

La Constitución Política de 1991 trajo consigo una reforma del Estado que, además de institucional, fue particularmente sobre cómo la sociedad se concibe a sí misma. En tal virtud, la consagración de numerosos derechos y sus respectivos mecanismos de protección, de una democracia participativa y la búsqueda del interés general, suponen el andamiaje de la relación entre los poderes del Estado y entre este y los habitantes del territorio colombiano y las naciones extranjeras, sobre el cual se fijan los límites y la organización que impera.

No obstante, la pluralidad de conflictos jurídicos –en los cuales pueden enfrentarse axiomas constitucionales, derechos fundamentales, etc.–



requieren de análisis y ponderación que permitan alcanzar los fines del Estado. Al respecto, el papel de la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Carta Política¹⁵ ha sido de cardinal importancia en la definición del alcance y límites del Estado y los particulares, pero además en la armonización de las disposiciones que, en principio, puedan identificarse como contradictorias.

Para lo anterior, la parte dogmática de la Carta brinda la orientación requerida por lo que es allí donde se encuentran los referentes básicos de cómo el constituyente primario concibió el Estado de derecho colombiano, a partir de valores y principios allí consagrados. (...)

De lo anterior se concluye que, a la hora de tomar decisiones que den cuenta del interés general, no pueden cederse derechos y menos los fundamentales, dado que este es el límite mismo del Estado. Esto, por cuanto no pueden entenderse los fines esenciales estatales desligados de la satisfacción de las garantías fundamentales de las personas.

El sistema sociopolítico colombiano tiene como fines genéricos proveer a sus habitantes de servicios, así como garantizar sus derechos. Esto implica que el Estado tiene a su cargo, entre otros, la prestación y garantía de servicios públicos, salud, educación, ambiente sano, vivienda digna, etc., pero también proteger y permitir el goce efectivo de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. (...).

En virtud de lo anterior, las autoridades administrativas están obligadas a brindar soluciones a los problemas de los ciudadanos que sean atribuibles a fallas en la administración, denominado por la Corte reconoce como "principio de eficacia de la administración pública". Alcanzar los fines previstos requiere de presupuestos básicos ya señalados tales como derechos y una economía que permitan ofrecer mejores garantías a los asociados en términos de acceso a servicios públicos, información, justicia, educación, seguridad social, etc.

Una política macroeconómica incluyente que debe privilegiar tanto procesos de sostenibilidad ambiental y social, con un alto grado de respeto para el individuo y las comunidades, como la planificación del aprovechamiento de los recursos naturales, que garantice el goce efectivo de derechos fundamentales y colectivos.

En un sentido amplio, el interés general no solo debe responder a criterios de utilidad pública económicos, sino a todo aquello que satisfaga las necesidades de los habitantes del territorio en su conjunto o, por lo menos, a la mayoría, sin que se desconozcan las minorías o los derechos fundamentales de los individuos. (...)

Esto implica que el aprovechamiento racional de recursos naturales que busque garantizar un ambiente sano presente y futuro, también es un asunto de interés general, que aun cuando sumado al ambiente sano como derecho fundamental, podría dar la percepción de superioridad axiomática de los asuntos ambientales, lo cierto es que la Constitución Política está diseñada para que economía, sociedad y ambiente se complementen e interrelacionen en las dinámicas políticas y comunitarias propias del país. (...)

15 Artículo 241. Constitución Política. Ver: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf

De acuerdo con lo anterior, las diferentes entidades públicas, deben garantizar las finalidades que se persiguen en un Estado social de derecho, entre otras cosas formulando políticas, expidiendo normas y emprendiendo acciones mediante las cuales se hagan efectivos los principios, derechos y deberes previstos en la Constitución Política, de manera que se garantice la prevalencia del interés general, se privilegien los derechos fundamentales –entre ellos a un ambiente sano, al agua–, se brinden de manera oportuna y adecuada los servicios públicos, dentro de los cuales también se encuentra el ambiente¹⁶.

En ese sentido, y en relación con el derecho a un ambiente sano, la Corte Constitucional en la Sentencia C-431 de 2000 (expediente D-2589, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa), entre otras cosas señaló:

3. La conservación del medio ambiente como garantía constitucional

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección. (...)

En efecto, una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8, permite entender el sentido que jurídicamente identifica este fenómeno. Así, mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas –quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación–, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. (...)

Cabe destacar que los derechos y las obligaciones ecológicas definidas por la Constitución Política giran, en gran medida, en torno al concepto de desarrollo sostenible, el cual, en palabras de esta Corporación, pretende “superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo –

16 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. (...) A lo anterior, habrá que agregar que el derecho a un ambiente sano tiene también el carácter de servicio público, erigiéndose, junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno sustento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país (C. P. arts. 2º, 365 y 366).

Corte Constitucional. Sentencia C-495/96. (...) En este sentido se observa que la Carta Fundamental de 1991, también establece como servicio público a cargo del Estado y como específico deber suyo, la atención al saneamiento ambiental que debe obedecer a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.



indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente”. Así, es evidente que el desarrollo social y la protección del medio ambiente imponen un tratamiento unívoco e indisoluble que progresivamente permita mejorar las condiciones de vida de las personas y el bienestar social, pero sin afectar ni disminuir irracionalmente la diversidad biológica de los ecosistemas pues estos, además de servir de base a la actividad productiva, contribuyen en forma decidida a la conservación de la especie humana. Sobre este particular la Corte tuvo oportunidad de señalar que:

El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico –conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico– calidad de vida, ha sido decidida por el Constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional (C. P. artículos 80, 268-7, 334, 339 y 340). (Sentencia T-251/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por eso, conforme a las normas de la Carta que regulan la materia ecológica, a su vez inscritas en el marco del derecho a la vida cuya protección consagra el artículo 11 del mismo ordenamiento, *esta Corte ha entendido que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación. (...)* (Cursiva fuera de texto).

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-500/12 (expediente T-3369848, M. P. Nilson Pinilla Pinilla) se refirió de manera expresa a los deberes del Estado y la necesidad que su accionar se dirija a cumplir con sus fines esenciales, a garantizar los derechos fundamentales y la prevalencia del interés general, conservar el ambiente, planificar y ordenar los recursos naturales, y de manera expresa resalta la importancia del agua y de la necesidad de garantizar la existencia y calidad del agua debido a su directa relación con la vida del hombre, al derecho al agua, a la calidad de bien de uso público, del dominio que ejerce el Estado sobre la misma, de la siguiente manera:

Sexta. La importancia del recurso hídrico

6.1. “Agua”, según la primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española, es una “sustancia cuyas moléculas están formadas por la combinación de un átomo de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida e incolora. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y, más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales”.

6.2. El acceso a dicho recurso vital es un derecho humano fundamental, indispensable para la existencia misma de los seres vivos, que también presenta facetas de carácter colectivo, con dimensiones que generan deberes de respeto, de protección y de garantía, de las cuales no son titulares las personas individualmente, sino de manera colectiva. La protección de las

fuentes hídricas de las cuales puede depender el consumo de agua potable de las futuras generaciones, hace parte, sin duda, de los ámbitos de protección del derecho al agua, que va más allá de lo individual.

Igualmente, el agua es un derecho indispensable para el desarrollo económico y cultural, que coloca a Colombia “entre los países con mayor riqueza en recursos hídricos en el mundo. Sin embargo, cuando se considera en detalle que la población y las actividades socioeconómicas se ubican en regiones con baja oferta hídrica, que existen necesidades hídricas insatisfechas de los ecosistemas y que cada vez es mayor el número de impactos de origen antrópico sobre el agua, se concluye que la disponibilidad del recurso es cada vez menor”.

Por ello, el mencionado derecho al agua evidencia un valor ingente en un Estado social, demandando en el contexto actual de las instituciones y autoridades encargadas de asegurar su goce efectivo una acción clara, continua, decidida y eficiente, para contrarrestar los retos que se imponen, enfrentando todas las sociedades grandes clamores de respeto, protección y garantía, ante la alteración física y química, con graves niveles de contaminación, que severamente repercuten contra la vida y la salud. (...)

6.5. Igualmente, el Código Civil colombiano, artículo 677, le otorga al agua el carácter de bien de uso público, señalando que “los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios”.

Para denotar la importancia del agua como bien de uso público, es importante recordar que los bienes del Estado se clasifican en fiscales y de uso público, entendidos los primeros como aquellos sobre los cuales el Estado tiene dominio pleno y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares sobre los suyos; mientras los segundos, también administrados por el Estado, pertenecen a toda la colectividad, que los usa y goza, pero son inalienables, imprescriptibles e inembargables (...).

6.8. Puede concluirse que es una obligación para todos, en especial para quienes realizan actividades que de una u otra forma puedan causar impactos ambientales, proteger el agua y preservarla, tomando las medidas de precaución necesarias para evitar la ocurrencia de un perjuicio al entorno natural y disminuir o mitigar las consecuencias generadas, *siendo el Estado, a través de sus entidades respectivas, el garante de la buena administración del recurso hídrico y del derecho al agua. (...) (Cursiva fuera de texto).*

Como se puede apreciar, la Corte Constitucional se refiere de manera expresa al agua y resalta la necesidad de protegerla y conservarla, señalando que es al Estado a quien corresponde administrarla y además destaca de manera expresa la existencia del derecho al agua, sin precisar en qué consiste este derecho, su alcance y contenido, si se puede desligar del derecho al ambiente sano y del servicio de acueducto, y cuáles son los mecanismos de acceso a la justicia que permiten que el derecho tenga efectividad.

Ahora, en reiterados fallos la Corte Constitucional ha reconocido que el agua se erige como un derecho fundamental y como un servicio público,¹⁷ asimismo

17 Entre otras, las Sentencias T-1104 de 2005, T-888 de 2008, T-389 de 2009, T-055 de 2011 y T-740/11.



ha puesto de presente el carácter de objetivo social que implica la protección del medio ambiente y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano, tal y como se expresa en la Sentencia T-055 de 2011 (expediente T-2.804.492, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio):

5. El agua potable como derecho fundamental. Evolución jurisprudencial

5.1 Desde sus inicios la Corte ha considerado que en virtud a lo dispuesto por la Constitución en el artículo 366, permitir el acceso al agua potable y al saneamiento básico, además de ser un objetivo fundamental como Estado Social de Derecho y un medio para asegurar el desarrollo y realización de necesidades básicas insatisfechas, ha adquirido la connotación de derecho fundamental para todas las personas. (...)

5.3 Ahora bien, en Sentencia T-389 de 2009 la Corte recordó el detallado análisis hecho en la Sentencia T-888 de 2008, en la que se expusieron los diferentes criterios jurisprudenciales concernientes al acceso al agua potable como derecho y su connotación de fundamental cuando la misma es para consumo humano.

Esa decisión inicia recordando que el agua apta para consumo humano es un derecho fundamental y que el servicio de acueducto como medio para acceder al agua potable es igualmente esencial. En efecto, se sostuvo que **“el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano. En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados”**. (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De esta manera, y en consideración a los múltiples pronunciamientos hechos por esta Corporación, en la Sentencia T-381 de 2009, se sintetizaron los elementos que permitan definir el derecho al agua potable como un derecho fundamental:

(i) “el derecho al agua solo tiene el carácter de fundamental **cuando está destinada al consumo humano**, pues únicamente entonces está en conexión con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud;

(ii) por lo anterior, la acción de tutela resulta procedente para hacer efectivo el derecho fundamental al agua potable, solamente **cuando ella es necesaria para preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas**, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados;

(iii) cuando el agua es necesaria para **preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas**, el derecho fundamental que recae sobre ella puede ser protegido a través de la acción de tutela, que resulta procedente tanto contra la autoridad pública como contra el particular o particulares que estén afectando arbitrariamente el derecho;

(iv) el derecho al consumo humano de agua potable **puede ser protegido por vía de tutela, que desplaza la acción popular, cuando existe afectación particular del derecho fundamental en cabeza de una, varias o múltiples**

personas, o cuando existe la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental;

(v) de conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua **implica la ‘disponibilidad continua y suficiente’** de agua para los usos personales y domésticos, la **‘calidad salubre’** del agua, y la **‘accesibilidad física’**, económica e igualitaria a ella”.

De esta manera es evidente que son numerosos los argumentos jurídicos que permitan considerar el derecho al agua potable como un derecho fundamental, muy particularmente y cuando a través de este y su acceso efectivo con la prestación del servicio de acueducto se está dando alcance a uno de los fines esenciales del Estado como es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de las personas y porque con la garantía de este derecho se protegen otros derechos fundamentales tan trascendentales como la vida en condiciones dignas y la salud (...).

6. El derecho al medio ambiente como garantía constitucional

6.1 La Constitución de 1991 se ha caracterizado por el reconocimiento o visibilización de muchos derechos, entre ellos, los fundamentales de las personas, los derechos económicos sociales y culturales y (también el derecho-deber a preservar y asegurar la protección de otros que nos atañen a todos, como son el medio ambiente sano, las riquezas naturales y el ecosistema) los derechos colectivos como el medio ambiente sano.

6.2 En efecto, la Carta Política ha sido catalogada como la Constitución verde o ecológica, en tanto plantea la imperiosa necesidad de la protección del medio ambiente por su directa relación y conexidad con derechos fundamentales como la vida (artículo 11 superior), la salud (artículo 48 superior), entre otros, imponiendo al Estado y a todos sus habitantes la responsabilidad por la adecuada protección. Ello es así, ya que un fin esencial del Estado es la promoción de la prosperidad y el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Esta responsabilidad encuentra su mejor camino para materializarse a través de la solución por el Estado de las necesidades insatisfechas de la población, procurando la adecuada prestación de los servicios públicos de salud, educación, **saneamiento ambiental** y agua potable (artículos 2º, 49 y 366 de la Constitución). (...)

6.5 En el contexto de la legislación internacional, se ha dicho, que el derecho al medio ambiente sano está reconocido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. En el referido artículo se establece que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. [...] “2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (...).

Queda demostrado de esta manera que la garantía de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física encuentra otro camino para su efectiva protección a través del respeto del derecho al medio ambiente sano. En cuanto a esta relación de derechos, la Corte ha sostenido lo siguiente:

“El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio



ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”.

Puede, entonces, colegirse que a partir de los postulados contenidos en la Constitución de 1991 en torno al medio ambiente sano, surgen claras obligaciones en cabeza del Estado y de los particulares. El medio ambiente no solo es un derecho, sino también un bien jurídico constitucionalmente protegido, cuya preservación debe procurarse no solo mediante acciones estatales, sino también mediante el concurso de todas las autoridades y el diseño de políticas públicas ajustadas a tal objetivo.

(...). (Subrayado y negritas fuera de texto).

De igual forma, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-740 de 2011 (expediente T-2.438.462, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), efectuó un análisis del derecho fundamental al agua, precisando su alcance como derecho humano y su alcance en el contexto internacional, a saber:

3. Concepto y Fundamento del derecho fundamental al agua.

El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...).

De otro lado, el agua se considera, también como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”.

El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Esta necesidad es universal, por cuanto todos y cada uno de los hombre y mujeres, independientemente de la raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, del lugar que se encuentre o la posición social que tenga, requiere de este recurso para su subsistencia; es inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer, ni tampoco reducirla más allá de los toques biológicos y es objetiva, ya que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o está ligado a un concepto indeterminado preestablecido, sino que se instituye como condición ineludible para cada una de las personas que integran el conglomerado social, lo cual la erige como una necesidad normativa y por tanto se constituye el fundamento del derecho fundamental al agua.

Así lo ha reconocido esta Corporación en las Sentencias T-578 de 1992, T-140 de 1994 y T-207 de 1995 en las que manifestó: “El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, **el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, salubridad pública o salud, es un derecho constitucional fundamental y**

como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela”.

En este mismo sentido, en otra oportunidad, señaló que: “Así la falta de prestación [del servicio de acueducto] también está llamada a constituir una posible violación de derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna”. (Negritas fuera del texto).

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como estándares internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

4. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional

Atendiendo que el agua es un elemento indispensable para cubrir las necesidades humanas básicas y que constituye una condición indispensable para alcanzar una vida digna, la sociedad internacional ha realizado esfuerzos para lograr el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

Muestra de esto, es la multiplicidad de instrumentos internacionales que ha abordado el tema del derecho al agua, que forman el estándar internacional. Con el objetivo de mostrar el panorama actual, se hará un análisis de los documentos emanados del Sistema Universal e Interamericano de Protección Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

4.1 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Con la entrada en vigor de la Carta San Francisco y la creación de la Organización de las Naciones Unidas se le otorgó carácter internacional a los derechos humanos, reconociendo así que no son un asunto exclusivo de los Estados, sino que competen a la sociedad internacional (...).

(iii) SoftLaw

La Declaración de Dublín, aprobada durante la Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente de 1992 puso de presente la amenaza que suponen la escasez y el uso abusivo del “agua dulce” para el desarrollo sostenible, para la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, para el desarrollo industrial, la seguridad alimentaria, la salud y el bienestar humano (...).

La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente de 1992, la cual se elaboró junto con el Plan de Acción Agenda 21, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, constituyen uno de los principales instrumentos internacionales que regulan este tema.

En este último instrumento internacional se resaltó la importancia del agua para la vida y la necesidad de su preservación, tanto así que se reservó un capítulo exclusivo para abordar esta problemática. El capítulo 18 consagra como objetivo general velar porque se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta, y preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua (...).



· La Declaración del Milenio de Naciones Unidas señala expresamente que es necesario poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos, formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado (&).

· Sin duda, es el informe sobre Desarrollo Humano de 2003 el que tiene una mayor incidencia en el tema del agua y los avances para alcanzar los Objetivos del Milenio en esta materia. En este el PNUD aclara que el hambre no se reduce a la falta de alimentos disponibles, sino que es un problema de déficit del derecho al alimento y de privación de los servicios básicos, entre ellos, **el acceso al agua potable y al saneamiento adecuado** que no solo son cruciales para supervivencia del ser humano, sino también para la conservación del medio ambiente, para la seguridad alimentaria y para el desarrollo sostenible (...).

4.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Aunque, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana o Protocolo de San Salvador, se hace mención expresa al derecho al agua, podría decirse, haciendo una interpretación sistemática de estos instrumentos, este se encuentra implícito en el artículo 4º de la Convención Americana, por cuanto el no acceso al agua impide la consecución de una existencia digna y en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el cual establece: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, pues la prestación de agua es uno de los principales servicios públicos básicos.

En las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de igual modo, solo se han podido encontrar referencias indirectas al derecho al agua, vinculándolo con el derecho a la vida (...).

4.3 Derecho Internacional Humanitario

Las normas internacionales que regulan el respeto de los derechos humanos durante los conflictos armados también contemplan previsiones relacionadas con el derecho al agua.

El Convenio III de Ginebra, de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra contiene tres artículos que abordan de manera explícita el derecho al agua: (...)

En el Convenio IV de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, se encuentra tres disposiciones que aluden al derecho al agua de los civiles: (...)

El hecho que, por definición, el DIH reconozca y proteja los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y que, por otro lado, contenga disposiciones expresas relacionadas con circunstancias en la que asiste a las personas que no participan directamente en las hostilidades un derecho al agua, permiten concluir que el DIH reconoce un derecho humano al agua, si bien de manera indirecta y restringida, a cierta categoría particular de personas.

5. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado

En los últimos años, en el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual

ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales (...).

Ecuador

La República del Ecuador en el artículo 12 de su Constitución consagra el derecho al agua en los siguientes términos: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida” (...).

En este orden de ideas, los Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos muestran un claro avance en materia del reconocimiento del derecho fundamental al agua potable. En el Sistema Universal se ha recalcado el carácter autónomo de este. Más tímido ha sido el aporte de los Sistemas Regionales, pues la afectación de este derecho debe ser puesta de manifiesto en función la afectación de otros derechos humanos.

Por su parte, muchos de los Estados miembros de la Sociedad Internacional han reconocido la *iusfundamentalidad* del derecho al agua potable. Unos han constitucionalizado este derecho brindándole con ello, las garantías de reserva de ley; generalidad y universalidad: contenido mínimo y esencial, progresividad y prohibición de regresividad. Otros, por su parte han admitido su carácter fundamental por vía jurisprudencial o legal definiendo así su alcance y contenido.

6. Contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad

Respecto del contenido obligacional del derecho al agua, como el de todos los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que: “existen tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y “cumplir” [...]. A su vez, este último deber relacionado con “hacer efectivo” el derecho se subdivide en tres: facilitar proporcionar y promover” (...).

7. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional

Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado del derecho al agua. Así existe una larga línea jurisprudencial que comienza con la Sentencia T 570 de 1992 y se extiende hasta el presente (...). (Negritas y subrayados fuera del texto).

Los extensos apartes transcritos permiten confirmar que si bien el derecho al agua no está previsto en la Constitución Política como un derecho fundamental, la Corte Constitucional así lo considera por cuanto “hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano”, y además adquiere la connotación de derecho humano.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional es el consumo humano del agua potable lo que se considera derecho y adquiere la connotación de fundamental y en ese contexto el servicio de acueducto como medio para acceder al agua potable es igualmente esencial, a lo anterior se agrega el saneamiento básico y a que el agua es un derecho indispensable para el desarrollo económico.



En atención a lo anterior, la acción de tutela resulta procedente para hacer efectivo el derecho fundamental al agua potable, solamente cuando ella es necesaria para preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas; no obstante, esta acción no procede cuando está destinada a otras actividades, como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados.

Conforme a lo que señala la Corte Constitucional:

El derecho al agua es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, verbigracia “el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)”.

Por otra parte, si bien la Corte Constitucional también hace referencia al derecho fundamental al agua –como parte esencial del ambiente–, es preciso destacar que salvo la transcripción puntual realizada de algunos apartes de las sentencias parcialmente transcritas y la referencia al derecho fundamental a un ambiente sano, el Alto Tribunal solo desarrolla lo concerniente al consumo humano de agua potable, de manera que se guarda silencio sobre la configuración del derecho al agua como recurso natural renovable.

Ahora, es claro que el agua no puede ser concebida solo en función del consumo humano, debido a que, como se expresó, es parte esencial del ambiente y necesaria para la vida de los organismos que habitan el planeta y el desarrollo de actividades agropecuarias, industriales, recreativas, etc. Por esta razón, lo concerniente con su planificación y ordenamiento, así como de las áreas y ecosistemas que resultan estratégicos para su conservación, resultan de vital importancia para garantizar su existencia y permanencia, lo cual debe enmarcarse en el ordenamiento ambiental del territorio, donde el agua es el eje articulador. Sobre ese aspecto, nos ocuparemos en la siguiente sección.

Ordenamiento ambiental del territorio

Políticas e instrumentos de ordenamiento ambiental. Desarrollo económico. Conflictos

Los artículos 79 y 80 de la Constitución Política expresamente prevén el derecho a un ambiente sano, la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines y de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados la realidad del país muestra otra cosa.

Para alcanzar el desarrollo sostenible es preciso emprender una serie de acciones que van desde la formulación de políticas, expedición de normas, creación y adopción de instrumentos mediante los cuales se planifica y ordena el territorio, y se autorizan y controlan actividades que generan impacto al ambiente y de manera especial al agua.

En este sentido, para la Red de Desarrollo Sostenible de Colombia: “Las políticas son el conjunto de objetivos, principios, criterios y orientaciones generales para la protección del medio ambiente de una sociedad particular”¹⁸. En nuestro entendido, las políticas públicas se constituyen en el deber ser, en la forma como el Estado atendiendo los fines esenciales, los principios y derechos previstos en la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por el país, la realidad nacional, las necesidades de sus habitantes, el potencial que representan los recursos naturales renovables, establece la forma como se deben manejar los asuntos a su cargo en el marco del Estado social de derecho.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 208 de la Constitución Política, la Ley 99 de 1993 y el Decreto Ley 3570 de 2011 corresponde al Ministerio de Ambiente la formulación de políticas ambientales y en tal sentido con relación al agua se han formulado lineamientos de política y políticas para algunos ecosistemas y áreas del país y de gestión integrada de los recursos hídricos, los cuales son: Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua. Minambiente 1996, Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia, Minambiente 1996 y la Política Nacional para Humedales Interiores de Colombia, Minambiente 2002 y Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (PNGIRH), Minambiente 2010.

En la Política Nacional para Humedales interiores de Colombia, 2002, se destacó la importancia de estos ecosistemas y entre otras cosas se expresó:

Los humedales son un elemento vital dentro del amplio mosaico de ecosistemas con que cuenta el país y se constituyen, por su oferta de bienes y prestación de servicios ambientales, en un renglón importante de la economía nacional, regional y local. Dentro del ciclo hidrológico juegan un rol crítico en el mantenimiento de la calidad ambiental y regulación hídrica de las cuencas hidrográficas, estuarios y las aguas costeras, desarrollando, entre otras, funciones de mitigación de impactos por inundaciones, absorción de contaminantes, retención de sedimentos, recarga de acuíferos y proveyendo hábitats para animales y plantas, incluyendo un número representativo de especies amenazadas y en vías de extinción.

Por su parte, la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (PNGIRH) busca garantizar la sostenibilidad del recurso hídrico, mediante una gestión y un uso eficiente y eficaz, articulados al ordenamiento y uso del

18 Ver: <http://www.rds.org.co/politicas.htm>



territorio y a la conservación de los ecosistemas que regulan la oferta hídrica, considerando el agua como factor de desarrollo económico y de bienestar social, e implementando procesos de participación equitativa e incluyente. También establece el marco conceptual, los principios, objetivos, estrategias, metas, indicadores y líneas de acción estratégica para el manejo del recurso hídrico en el país, en un horizonte de doce años.

La PNGIRH plantea los siguientes objetivos de política acompañados de sus correspondientes estrategias:

No.	Objetivo de política	Estrategias
1	OFERTA. Conservar los sistemas naturales y los procesos hidrológicos de los que depende la oferta de agua.	1.1 Conocimiento
		1.2 Planificación
		1.3 Conservación
2	DEMANDA. Caracterizar, cuantificar y optimizar la demanda de agua en el país.	2.1 Caracterización y cuantificación de la demanda del agua en cuencas priorizadas.
		2.2 Incorporación de la GIRH en los principales sectores productivos usuarios del agua.
		2.3 Uso eficiente y sostenible del agua.
3	CALIDAD. Mejorar la calidad del recurso hídrico.	3.1 Ordenamiento y reglamentación de usos del recurso.
		3.2 Reducción de la contaminación del recurso hídrico.
		3.3 Monitoreo, seguimiento y evaluación de la calidad del recurso hídrico.
4	RIESGO. Desarrollar la gestión integral de los riesgos asociados a la oferta y disponibilidad del agua.	4.1 Generación y divulgación de información y conocimiento sobre riesgos que afecten la oferta y disponibilidad hídrica.
		4.2 Incorporación de la gestión del riesgo asociado a la disponibilidad y oferta del recurso hídrico en los instrumentos de planificación.
		4.3 Medidas de mitigación y adaptación para la reducción de los riesgos asociados a la oferta hídrica.
5	FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL. Generar las condiciones para el fortalecimiento institucional de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos.	5.1. Mejoramiento de la gestión pública del recurso hídrico.
		5.2. Formación, investigación y gestión de la información.
		5.3. Revisión normativa y articulación con otras políticas.
		5.4. Sostenibilidad financiera.
6	GOBERNABILIDAD Consolidar y fortalecer la gobernabilidad para una gestión integral del recurso hídrico.	6.1 Participación
		6.2 Cultura del agua
		6.3 Manejo de conflictos

Cada una de las estrategias contiene metas concretas e indicadores cuantificables y verificables, los cuales permitirán medir el avance e impacto sobre el recurso hídrico que tendrá la implementación de las directrices de la Política, a través del Plan Hídrico Nacional¹⁹.

No obstante lo anterior, transcurridos dieciocho años desde la formulación de los Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua (1996) y de Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los Espacios Oceánicos y las Zonas Costeras e Insulares de Colombia (1996), doce años desde la Política Nacional para Humedales Interiores de Colombia (2002) y cuatro años desde la formulación de la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (PNGIRH), resulta evidente que las políticas ambientales en Colombia son un catálogo de buenas intenciones y que salvo la ordenación de algunas cuencas hidrográficas, la expedición del Decreto 1640 de 2012 y otras acciones aisladas, no se está cumpliendo con los fines allí previstos.

Por otra parte, en materia normativa –con respecto a la planificación y ordenamiento del agua– en los artículos 316 a 323 del Decreto Ley 2811 de 1974 (CNRNR) se previó lo concerniente a la ordenación de las cuencas hidrográficas y en tal sentido en el artículo 316 se dispuso:

Artículo 316. Se entiende por ordenación de una cuenca la planeación del uso coordinado del suelo, de las aguas, de la flora y la fauna, y por manejo de la cuenca, la ejecución de obras y tratamientos.

Mediante el Decreto 2857 de 1981 se reglamentó el Decreto Ley 2811 de 1974 sobre Cuencas Hidrográficas, posteriormente se expedieron los Decretos 1604 y 1729 de 2002 y actualmente se encuentra vigente el Decreto 1640 de 2012, sin que a la fecha se haya ejecutado una ordenación integral y visible de las cuencas hidrográficas del país, de manera que se dé respuesta a los interrogantes sobre qué, cuándo, dónde y cómo manejar, conservar, proteger y usar de manera sostenible este importante recurso.

Con respecto a la planificación y ordenamiento ambiental del territorio, la Corte Constitucional en la Sentencia T-740 de 2011 expresó:

Cabe señalar que existen unos deberes estatales encaminados a la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para obtener esos fines. Ello implica una planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se garantice su desarrollo sostenible, conservación y restauración, así como la prevención y control de los factores de deterioro ambiental. Para ello el Estado debe emprender acciones encaminadas a la preservación del medio ambiente, además de tener la competencia para imponer sanciones legales y exigir

¹⁹ Ver: <http://www.soyecolombiano.com/site/planeta-hoy/el-agua-en-la-tierra/gestion-integral-del-recurso-hidrico.aspx>



la reparación de los daños causados. Finalmente, esta responsabilidad de protección a nivel interno encuentra una dimensión internacional a través de la suscripción de acuerdos de cooperación con otras naciones para la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (artículos 8°, 79 y 80 superiores).

6.3 Forma parte de ese abanico de potestades y deberes estatales, la facultad de intervención que por mandato de la ley tiene el Estado en ciertas actividades como es la dirección general de la economía, regulando e interviniendo en la explotación de los recursos naturales (artículo 334 C. P.). Sobre el particular se ha pronunciado esta Corte en los siguientes términos:

“El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo.

En efecto, la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. (Artículo 366 C. P.).

(Sentencia T-453 de 1998) (Negrilla fuera del texto).

6.4 Esa misma responsabilidad y obligación de protección ambiental le atañe a la comunidad y a todas las personas en general, quienes pueden tener una participación activa en la consecución de los objetivos en materia ambiental, en su conservación como en el adecuado goce en cuanto derecho de carácter colectivo cuya esencia resplandece como “derecho-deber” (C. P., artículos 70, 79 y 95).

Lo anterior pone de presente que la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, entre ellos el agua, se garantiza con una planificación ambiental por parte del Estado que debe realizarse con participación ciudadana, lo que se constituye en un objetivo social por estar relacionado con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, lo que debe ser una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos

Dentro de ese deber de planificación y ordenamiento ambiental, asociados al agua, existen los siguientes instrumentos:

- Planes Estratégicos de Áreas Hidrográficas o Macrocuencas
- Planes de Manejo Ambiental de Microcuencas
- Planes de Manejo Ambiental de Acuíferos
- Planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas
- Planes de zonificación y ordenación de páramos
- Planes de zonificación de manglares
- Planes de manejo de humedales
- Planes de Manejo de las Unidades Ambientales Marino Costeras y Oceánicas
- Planes de manejo de áreas protegidas
- Acotamiento de rondas hidráulicas
- Reglamentación de corrientes

En armonía con lo anterior, debe señalarse que el Decreto 877 de 1976, “por el cual se señalan prioridades referentes a los diversos usos del recurso forestal, a su aprovechamiento y al otorgamiento de permisos y concesiones y se dictan otras disposiciones”, pone de presente la relación existente entre agua y bosques y la necesidad de su protección. Señala dicha norma:

Artículo 7°. Se consideran como áreas forestales protectoras:²⁰ (...)

e. Las áreas que se determinen como de influencia sobre cabeceras y nacimiento de los ríos y quebradas, sean estos permanentes o no.

De igual modo, el Decreto 1449 de 1977, “por el cual se reglamentan parcialmente el inciso 1 del numeral 5 del artículo 56 de la Ley número 135 de 1961 y el Decreto Ley número 2811 de 1974”,²¹ también se ocupa de los bosques y del agua, disponiendo:

Artículo 2. En relación con la conservación, protección y aprovechamiento de las aguas, los propietarios de predios están obligados a:

1. No incorporar en las aguas cuerpos o sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, tales como basuras, desechos, desperdicios o cualquier sustancia tóxica, o lavar en ellas utensilios, empaques o envases que los contengan o hayan contenido.
2. Observar las normas que establezcan el Inderena y el ICA para proteger la calidad de los recursos, en materia de aplicación de productos agroquímicos.

20 Conforme al artículo 204 del Decreto Ley 2811 de 1974: “Se entiende por área forestal protectora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales, para proteger estos mismos recursos u otros naturales renovables. En el área forestal protectora debe prevalecer el efecto protector y solo se permitirá la obtención de frutos secundarios del bosque”.

21 Este Decreto se encuentra parcialmente vigente solo en lo que reglamenta al Decreto Ley 2811 de 1974 (CNRNR), debido a que la Ley 135 de 1994 fue derogada expresamente por el artículo 111 de la Ley 160 de 1994.



3. No provocar la alteración del flujo natural de las aguas o el cambio de su lecho o cauce como resultado de la construcción o desarrollo de actividades no amparadas por permiso o concesión del Inderena, o de la violación de las previsiones contenidas en la resolución de concesión o permiso.
4. Aprovechar las aguas con eficiencia y economía en el lugar y para el objeto previsto en la resolución de concesión.
5. No utilizar mayor cantidad de agua que la otorgada en la concesión.
6. Construir y mantener las instalaciones y obras hidráulicas en las condiciones adecuadas de acuerdo con la resolución de otorgamiento.
7. Evitar que las aguas que deriven de una corriente o depósito se derramen o salgan de las obras que las deban obtener.
8. Contribuir proporcionalmente a la conservación de las estructuras hidráulicas, caminos de vigilancia y demás obras e instalaciones comunes.
9. Construir pozos sépticos para coleccionar y tratar las aguas negras producidas en el predio cuando no existan sistemas de alcantarillado al cual puedan conectarse.
10. Conservar en buen estado de limpieza los cauces y depósitos de aguas naturales o artificiales que existan en sus predios, controlar los residuos de fertilizantes, con el fin de mantener el flujo normal de las aguas y evitar el crecimiento excesivo de la flora acuática.
11. **Artículo 3.** En relación con la protección y conservación de los bosques, los propietarios de predios están obligados a:
 12. 1. Mantener en cobertura boscosa dentro del predio las áreas forestales protectoras.
 13. Se entiende por áreas forestales protectoras:
 - a) Los nacimientos de fuentes de aguas en una extensión por lo menos de 100 metros a la redonda, medidos a partir de su periferia.
 - b) Una faja no inferior a 30 metros de ancha, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos, sean permanentes o no, y alrededor de los lagos o depósitos de agua (...).

Las normas citadas tienen como fin la conservación de los bosques, el suelo y el agua, consideración a la interrelación e interdependencia que existe entre ellos. En el caso de las fajas paralelas a los cuerpos de agua –rondas hídricas– desde la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974, salvo derechos adquiridos, son de propiedad del Estado, bienes de uso público, por tanto imprescriptibles, inalienables e inembargables y son consideradas como áreas forestales protectoras, de manera que el uso que se puede realizar en las mismas es el previsto en el artículo 204 del CNRNR antes citado. Las rondas hídricas no hacen

parte del cauce de los cuerpos de agua, aun cuando inciden directamente en su preservación y deben manejarse de manera integral con el agua.

En cuanto a las áreas protegidas, si bien se hace énfasis en la existencia de una especial biodiversidad para su declaratoria, no puede perderse de vista que el agua se constituye en el referente necesario para la existencia de esa biodiversidad y demás recursos naturales renovables que son objeto de protección especial y que el agua que allí presente, es en gran medida la que permite el consumo humano de gran parte de la población del país.

Los planes e instrumentos de ordenamiento ambiental del territorio antes citados, a los que se suman los de ordenamiento forestal y planes de manejo de las áreas de reserva forestal,²² deben ser formulados y adoptados por las autoridades ambientales, previa elaboración de los estudios ambientales, sociales y económicos pertinentes, garantizando el derecho a la participación ciudadana y donde el agua debe constituirse en el eje articulador por la importancia estratégica que representa este recurso natural renovable y dado que permea de manera transversal aspectos que van más allá de lo ambiental, por su importancia para el desarrollo de actividades industriales, agropecuarias, mineras, petroleras, de generación eléctrica, urbanas, recreativas, entre otras.

Estos instrumentos ambientales a su vez se constituyen en determinantes del ordenamiento territorial según se dispone en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, de manera que son normas de carácter superior que no pueden ser desconocidos por los municipios y distritos al formular, adoptar, modificar y revisar sus POT.

Ante la ausencia de los instrumentos de planificación y ordenamiento, las licencias ambientales, las concesiones de agua, los permisos de vertimientos y demás modos²³ previstos en la ley para acceder a los recursos naturales renovables se otorgan caso a caso, proyecto a proyecto, de manera que se pierde de vista la integralidad e interrelación de los recursos naturales renovables y la visión regional e incluso nacional e internacional que tienen algunos proyectos y los impactos acumulativos que estos pueden generar, en un claro fraccionamiento de la gestión ambiental.

La falta de un ordenamiento ambiental del territorio que por supuesto incluya al agua lleva implícita la necesidad de regular los ecosistemas que resultan estratégicos para su regulación, conservación y mantenimiento, como son los páramos, bosques de niebla, humedales, manglares, zonas de recarga

22 Las áreas de reserva forestal establecidas mediante la Ley 2 de 1959 y las demás áreas de reserva forestal que no tienen el carácter de protectoras, no se consideran áreas protegidas, sino estrategias de conservación, conforme se dispone en el Decreto 2372 de 2010.

23 Decreto Ley 2811 de 1974. Artículo 51. El derecho de usar los recursos naturales renovables puede ser adquirido por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación.



de acuíferos, entre otros, los que además deberían estar incorporados y articulados en los procesos de ordenación de las cuencas hidrográficas. Esto sin olvidar las zonas marino costeras, cuyos procesos de ordenación están lejos de convertirse en una realidad, no obstante la existencia de normas que destacan su importancia y la necesidad de su delimitación, zonificación y determinación de régimen de usos con fines de conservación.

La ausencia de planificación y ordenación en cabeza de Estado –autoridades ambientales–, así como la deficiente evaluación, control y seguimiento, la falta de experticia y recursos económicos de muchas autoridades ambientales, entre otros aspectos, ha llevado a que ante la proliferación de títulos mineros y de contratos de exploración y producción de hidrocarburos, grandes extensiones del país se estén ordenando para el desarrollo de estas actividades extractivas, como bien se evidenció en los libros de *Minería en Colombia* publicados por la Contraloría General de la República antes citados. Esto no solo afecta el ambiente, sino los derechos fundamentales de los habitantes de esas zonas e incluso pone una importante traba a los procesos de restitución de tierras de las víctimas del conflicto a que se refiere la Ley 1448 de 2011, debido a las disposiciones legales que privilegian estas actividades económicas sobre los derechos fundamentales de las víctimas.

Igualmente, la ausencia de un ordenamiento ambiental del territorio ha llevado a que en algunos casos sea mediante leyes de la República, como la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, que se adopten medidas para proteger el agua, los bosques y ciertos ecosistemas estratégicos, como los páramos, humedales, arrecifes coralinos, manglares, pastos marinos del desarrollo de actividades extractivas²⁴ y de otras cuyos impactos negativos ponen en riesgo su permanencia y, por ende, de los servicios ecosistémicos que prestan.

Por otra parte, si bien no se hizo una referencia expresa a la ausencia de un ordenamiento ambiental del territorio, debe señalarse que las dificultades que afronta la gestión ambiental en el país fueron evidenciadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²⁵ en la “Evaluación de desempeño ambiental: Colombia 2014”, lo cual incide directamente en los procesos de deterioro ambiental del país.

Para finalizar este aparte, se debe señalar que la importancia de las políticas y de la planificación materia ambiental es resaltada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-495/96, a saber:

24 Ley 1450 de 2011. Artículos 202 a 226. Ver: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc_ant/ley_1450_2011_pr004.htm

25 La OCDE es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Ver: <http://www.oecd.org/fr/>

La planificación ambiental debe responder a los dictados de una política nacional, la cual se adoptará con la participación activa de la comunidad y del ciudadano, y la misma debe ser coordinada y articulada entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes. La Carta Política le otorga al Estado la responsabilidad de planificar y aprovechar los recursos naturales de forma tal que se logre un desarrollo sostenible, garantizando así la conservación y la preservación del entorno ecológico. Al respecto, cabe recordar que el derecho a gozar de un ambiente sano les asiste a todas las personas, de modo que su preservación, al repercutir dentro de todo el ámbito nacional —e incluso el internacional—, va más allá de cualquier limitación territorial de orden municipal o departamental. Por lo demás, no sobra agregar que las corporaciones autónomas regionales, en virtud de su naturaleza especial, aúnan los criterios de descentralización por servicios, —concretamente en cuanto hace a la función de planificación y promoción del desarrollo—, y de descentralización territorial, más allá de los límites propios de la división político-administrativa.

Consideraciones económicas

La importancia del agua no solo se evidencia con respecto al mantenimiento y conservación de la vida en todas sus formas y de manera concreta para el consumo humano, sino frente a los procesos de desarrollo que facilitan la vida del hombre, adoptando y transformando el medio, en ocasiones mucha más allá de la satisfacción de sus necesidades básicas.

En ese sentido, el agua resulta fundamental para adelantar actividades industriales, portuarias, mineras, petroleras, generación eléctrica, urbanas, comerciales, agrícolas, pecuarias, recreativas, turísticas, entre otras, las cuales en mayor o menor grado requieren del uso del agua y otros recursos naturales renovables, generando afectación a los mismos e incluso daño, lo que da lugar a la necesidad de retribuir al Estado como “propietario” de esos recursos naturales los costos por el uso, disminución y pérdida de los mismos.

En ese sentido, de manera adicional a la existencia de instrumentos dirigidos al ordenamiento ambiental del territorio, y los de comando control mediante los que se autorizan actividades que generan deterioro grave al ambiente, se autoriza el uso, aprovechamiento y afectación de los recursos naturales renovables, existen instrumentos de carácter económico —tasas ambientales— que “son un instrumento económico fundamental para la precaver la contaminación en niveles insoportables e irremediables y para proceder a pagar la descontaminación”, según dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-495 de 1996 (expediente D-1285, M. P. Fabio Morón Díaz).

Sobre este aspecto se debe señalar que en la Sentencia C-495/96 antes citada la Corte Constitucional expresó:

El Estado debe proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial protección ecológica, todo ello, dentro del principio del pensamiento ecológico moderno, del “desarrollo sostenible”. Bajo esta



perspectiva se planteó la necesidad de que fuesen varios los sistemas que debería adoptar el legislador con el fin de financiar una política ambiental, en consideración al carácter especial prioritario del que fue dotada, bajo la consagración de principios jurídicos fundamentales, entre otros, el de la responsabilidad del causante de un daño ambiental y el de la destinación de recursos económicos con antelación al desgaste de los ecosistemas. Esta filosofía impregna la creación de los tributos como las tasas retributivas y compensatorias, así como la consagración de la tasa por la utilización de aguas y la inversión obligatoria.

En este aspecto, y dado que se estaban presentando una serie de dificultades con relación a las tasas y demás contribuciones y demás cargas económicas previstas en la Ley 99 de 1993, en los artículos 211, 216 y 222 de la Ley 1450 de 2011 se modificó la ley ambiental de 1993 con respecto a las tasas retributivas y compensatorias (artículo 42), las tasas por uso del agua e inversión forzosa por uso del agua de fuente natural (artículo 43 y parágrafo), las transferencias del sector eléctrico (artículo 45) con el fin de que el cobro por estos conceptos y su destinación sean los adecuados. No obstante, los resultados en relación con la conservación de las fuentes de agua, parece indicar que estos recursos no se están invirtiendo para los fines que fueron previstos.

De igual manera, en el artículo 210 de la referida Ley del Plan Nacional de Desarrollo se modifica el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, sobre “Adquisición de áreas de interés para acueductos municipales”, se dispone que los departamentos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de dichas zonas o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales, siendo esta última parte una modificación que se introduce a lo que ya se preveía en la Ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

El artículo 210 de la Ley 1450 de 2011 dispone que los recursos en cuestión se destinarán prioritariamente a la adquisición y mantenimiento de las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales, distritales y regionales, las cuales son declaradas de interés público. La inversión de los recursos de que trata el artículo en mención no se ha cumplido a cabalidad, a pesar de que dicha obligación existe desde 1993 y al igual que con las demás disposiciones contenidas en la Ley 1450 de 2011, surge la inquietud sobre si en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se mantendrán estas disposiciones. Este artículo fue reglamentado mediante el Decreto 953 de 2013.

Por su parte, el artículo 217 de la Ley 1450 de 2011 estableció que se debía formular un Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático que sería coordinado por el Departamento Nacional de Planeación con el apoyo del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. De igual manera, dispone el artículo en mención que:

Las entidades públicas del orden nacional deberán incorporar en sus Planes Sectoriales una estrategia de adaptación al Cambio Climático conforme a la metodología definida por el DNP, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ideam y revisado por los mismos previo a la autorización final por parte del Conpes. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, deberá apoyar a las entidades de orden territorial que así lo requieran, a desarrollar sus planes territoriales de adaptación.

Este mandato que apenas está en proceso de elaboración, evidencia la necesidad de tomar medidas urgentes con respecto al cambio climático.

Como corolario de este aparte, debe expresarse que la connotación económica asociada al agua presenta relevancia mayor debido a que este recurso es necesario en procesos de explotación de recursos naturales no renovables, como los hidrocarburos y minerales, en la generación de energía mediante hidroeléctricas, en el riego de cultivos agrícolas, ganadería, desarrollos urbanos e industriales, entre otros; no obstante, no existen mecanismos adecuados para compensar el uso, pérdida y deterioro del agua que se utiliza en estas actividades, salvo el valor que se paga por concepto de las tasas compensatorias y retributivas, transferencias del sector eléctrico y la inversión forzosa del 1% previstos en la Ley 99 de 1993, pero que no se compadecen con el valor del agua y, en muchos casos, no se invierten para recuperar el agua.

Adicionalmente, en los costos de producción asociados a este tipo de proyectos no se considera el valor del agua usada y la pérdida que esta representa para el ambiente. Sin agua sencillamente muchos de estos proyectos no se podrían realizar, de manera que el crecimiento económico que debe darse en el marco del desarrollo sostenible, no es posible sin el uso del agua, razón además para protegerla y conservarla. En la Sentencia T-500 de 2012, la Corte Constitucional fue enfática al señalar que “el agua es un derecho indispensable para el desarrollo económico”.

Conflictos ambientales asociados al agua

La ausencia del deber de planificación y ordenamiento ambiental del territorio, el fraccionamiento de la gestión ambiental, la ausencia de un Estado fuerte y con poder de decisión en lo ambiental, la no implementación de las políticas y normas en torno a la conservación de los recursos naturales renovables, en especial del agua, la existencia de políticas que fomentan actividades que afectan de manera grave el ambiente, la ineficacia de los instrumentos de comando y control ambiental –licencias y permisos ambientales– y económicos y financieros –tasas, transferencias del sector eléctrico– incide en gran medida en la generación de conflictos en el territorio asociados a la afectación, alteración, contaminación y destrucción de las fuentes hídricas.

Con relación al agua, así como ocurre en la mayoría de los casos en que se evidencian conflictos asociados a recursos naturales, no hay una causa única



que genere dichos conflictos, sino que se trata de una sumatoria de situaciones, circunstancias e intereses.

En ese contexto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-595 de 2010 pone de presente que el deterioro ambiental es una amenaza que se materializa día a día. Así lo expresa, entre otras cosas, la Corte:

4.5.4. Las preocupaciones medioambientales más apremiantes en la actualidad como el cambio climático, la destrucción de la capa de ozono y la pérdida de biodiversidad, son de alcance mundial y requieren una actuación nacional e internacional coordinada y decidida. Los problemas que aquejan a la naturaleza requieren una mejor gobernanza mundial.

Hoy la humanidad centra su atención en garantizar la sostenibilidad del medio ambiente por la deforestación, el cambio climático, los hábitats de las especies en peligro de extinción, la sobreexplotación de la pesca global, el suministro de agua potable y los servicios sanitarios, entre otros. El cambio climático se ha convertido en uno de los retos más importantes para el mundo.

Para la superación del peligro y daño actual que se cierne sobre el medio ambiente se requiere la implantación de nuevos objetivos que impliquen avanzar en regulaciones y políticas públicas serias y más estrictas que hagan posible la supervivencia de la humanidad. Ello debe partir del compromiso real y la participación de todos con la finalidad de avanzar hacia un mundo más seguro, estable y justo.

La creciente y desmesurada amenaza y afectación que se cierne sobre el medio ambiente impone una mayor consciencia, efectividad y drasticidad en la política defensora del medio ambiente. Los peligros y daños ambientales que se han generado lesionan gravemente al ecosistema y, por lo tanto, a todos los seres vivos. La cuestión ambiental plantea la imperiosa necesidad de normas (sic) los procesos económicos y tecnológicos (...).

De ahí el reconocimiento internacional de que el medio ambiente es un patrimonio común de la humanidad porque su protección asegura la supervivencia de las generaciones presentes y futuras. La responsabilidad administrativa ambiental que se establece en las normas parcialmente demandadas, surge como consecuencia de la degradación de bienes de naturaleza generalmente demanial (aguas, montes, espacios naturales) o de valores difusos (salud humana). El “garantizar la sostenibilidad del medio ambiente” como objetivo de desarrollo del milenio (Meta 7) de la Organización de las Naciones Unidas, representa las necesidades humanas y los derechos básicos de todos los individuos del planeta y el no alcanzarlo podría multiplicar el riesgo mundial de inestabilidad y degradación del medio ambiente.

La deforestación global, el cambio climático (emisiones globales de dióxido de carbono CO₂, sustancias que destruyen la capa de ozono), la pérdida de la biodiversidad que continúa implacablemente, la no protección adecuada de los hábitats de las especies en peligro, el crecimiento de especies en peligro de extinción, la sobreexplotación de la pesca global, constituyen claro ejemplo de ello. La sociedad postindustrial contemporánea que se caracteriza por la economía globalizada ha sido catalogada como una sociedad de riesgo

“donde el espacio vital tradicional se reduce drásticamente y es reemplazado por un conglomerado cada vez más complejo de incertidumbres y de peligros para la salud y el entorno (dioxinas, amianto, vacas locas, ftalatos, etc.)”.

Así surgen como principios basales de la política internacional ambiental los de cautela y de acción preventiva, entre otros la superación de las dificultades para la puesta en marcha de tales principios como otros, evitaría a tiempo numerosos daños irreversibles al medio ambiente y con las consecuencias propias para la humanidad la aplicación de los principios que inspiran al derecho ambiental, resulta, entonces, imperiosos para la supervivencia de la humanidad.

De tal manera, en la Sentencia C-703 de 2010 (expediente D-8019, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte Constitucional reitera, entre otras cosas, el rango constitucional del derecho a un ambiente sano, en el cual el agua desempeña un papel preponderante y la necesidad de controlar las actividades antrópicas que afectan la naturaleza en aras de garantizar los derechos de las generaciones presentes y futuras:

Un tercer factor radica en el riesgo que se cierne sobre el medio ambiente, cuya desprotección genera un problema que “de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte”, a causa de “la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc.”, fenómenos todos que, a juicio de esta Corte, no solamente entrañan el riesgo “de la destrucción del planeta, sino el de la vida como la conocemos”.

De la mayor utilidad resulta precisar que “la mayor afectación del medio ambiente la constituyen causas antropogénicas, es decir, aquellas derivadas de la actividad humana, tendentes a la satisfacción de sus necesidades”, especialmente desarrolladas “desde el siglo anterior, cuando los procesos industrializados y la población mundial se aceleraron tan abruptamente” y “ejercidas sin un criterio de sostenibilidad”, hasta el punto de generar “un impacto negativo sobre los recursos naturales y el ecosistema global”, con evidentes consecuencias, a saber: “polución terrestre, aérea y marina, lluvia ácida, agotamiento de la capa de ozono, calentamiento global, extinción de especies de fauna y flora, degradación de hábitats, deforestación, entre muchos otros”.

El panorama anterior ha conducido a un desarrollo de los instrumentos de derecho interno, como respuesta a la creciente degradación y a las “amenazas de una evidente degradación futura” y, paralelamente, a la intensificación de medidas protectoras desde el derecho internacional, pues la degradación del medio ambiente, al desbordar las fronteras de los Estados “se convierte en un problema global” que implica “un propósito conjunto de todos los Estados, que a su vez se preparan para enfrentar un futuro común”.

Como se ha destacado en reciente providencia, actualmente la internacionalización es uno de los rasgos distintivos de las “relaciones



ecológicas” y se manifiesta en la existencia de una serie de instrumentos internacionales que buscan preservar un ambiente sano, responder a la degradación ambiental y proteger a las generaciones presentes y futuras. De entre esos instrumentos se destacan la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, el protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y el Acuerdo de Copenhague de 2009.

Asimismo, la Corte Constitucional en la Sentencia T-500/12 previamente citada señala:

6.3 Se ha anotado que las principales causas del deterioro de la calidad del agua en Colombia se encuentran asociadas al menoscabo de las cuencas, como consecuencia “de la deforestación; la contaminación de las fuentes por vertimientos de residuos líquidos y sólidos; el desconocimiento de información del recurso hídrico que considere elementos como la capacidad de asimilación del cuerpo receptor y efecto nocivo de los vertimientos; **los fenómenos de urbanización sobre zonas de ronda de las fuentes hídricas;** la desecación de los humedales; la poca cultura ciudadana frente a la protección de los recursos y el uso ineficiente del agua potable, evidenciado por altos niveles de pérdida de agua” (negritas fuera del texto).

6.4. El artículo 80 superior establece el deber del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, de imponer las sanciones legales y de exigir la reparación de los daños causados. Por otro lado, el mismo artículo 80 mencionado, ordena al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, con la planificación de sistemas sostenibles de producción, que tiene que incluir necesariamente la valoración de los costos ambientales.

Si bien es cierto que los conflictos antes citados no son exclusivos del país, y que para su atención se requiere en muchos casos de la colaboración y articulación internacional, no es menos cierto que las políticas de desarrollo de los últimos gobiernos mediante las cuales se fomenta e incentiva la realización de actividades extractivas han incrementado estos factores de deterioro ambiental, ante la evidente pasividad de las autoridades ambientales.

El ordenamiento ambiental del territorio donde el agua por su importancia se constituya en el eje articulador es una asignatura pendiente por parte de las autoridades ambientales, lo que incide en gran medida en la generación de conflictos ambientales asociados al aprovechamiento y uso no sostenible de los mismos, en especial del agua, en el deterioro, contaminación, e incluso destrucción de las fuentes de agua.

Además de la ausencia de instrumentos mediante los cuales se planifique y ordene ambientalmente el territorio, se ha identificado que en la práctica en muchas regiones del país se está adelantando un ordenamiento territorial

basado en el desarrollo de actividades particulares y concretas –especialmente minería, hidrocarburos, puertos, hidroeléctricas– que generan graves impactos al ambiente, en especial al agua y que si bien están sujetas a la obtención previa de licencia ambiental, este instrumento se ha desdibujado al punto de constituirse en una mera formalidad, con la que no se garantiza el desarrollo sostenible.

Esto quedó evidenciado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-154 de 2013 donde a pesar de existir licencia ambiental y de que la autoridad ambiental manifestara que esta se estaba cumpliendo, el Alto tribunal tuteló los derechos a la vida, a la salud y a gozar de un ambiente sano del señor Orlando José Morales Ramos y su núcleo familiar por la violación de derechos fundamentales en razón a las emanaciones nocivas y residuos provenientes de la explotación de carbón a cielo abierto en la mina Pribbenow, corregimiento La Loma, municipio El Paso, Cesar, realizada por la empresa Drummond Ltda.

De igual forma, los tributos que se pagan por el uso y aprovechamiento del agua no se compadecen con los daños ambientales que ocasionan las actividades obligadas a su pago o inversión, sumado a una inadecuada gestión de las autoridades ambientales, que en muchos casos no destinan dichos recursos en la conservación de los recursos naturales renovables afectados.

También, la decisión de los últimos gobiernos de fomentar, incentivar y garantizar el desarrollo de actividades económicas, altamente impactantes del entorno natural, en especial del agua, ha puesto en condiciones de desequilibrio a la naturaleza, en especial al agua, que son vistas como un obstáculo al desarrollo, de manera que las actividades extractivas se desarrollan aún en áreas y ecosistemas de especial importancia ambiental, como los páramos, humedales, zonas de recarga de acuíferos, ocasionando su destrucción e incluso ocasionando procesos de desplazamiento de las comunidades, subvirtiendo de este modo el orden constitucional existente en este Estado social de derecho.

A pesar de que Colombia ha suscrito convenios internacionales en materia ambiental, mediante los cuales adquiere obligaciones específicas en relación con la conservación ambiental, lo que reviste especial importancia por tratarse de uno de los países megadiversos del planeta y rico en materia de fuentes hídricas, la proliferación de actividades extractivas, autorizadas por las autoridades ambientales ocasiona graves impactos, e incluso la destrucción del entorno natural, especialmente del agua y de ecosistemas estratégicos pone en tela de juicio el cumplimiento de dichos compromisos ambientales.

Conclusiones

De acuerdo a las consideraciones antes expuestas, se estima lo siguiente:



Sobre el derecho fundamental al agua

- El Estado social de derecho previsto en la Constitución Política obliga a las autoridades públicas, en especial a las ambientales a trascender de las meras formalidades y de la retórica, y se adentra en cumplir de manera efectiva con sus fines esenciales, garantizar los principios y derechos allí revistos y privilegiar el interés general, formulando políticas, expidiendo normas y garantizando una protección real y efectiva del ambiente y en particular del agua.
- Si bien el derecho al agua no está previsto en la Constitución Política como un derecho fundamental, la Corte Constitucional así lo considera por cuanto “hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano”, y además adquiere la connotación de derecho humano.
- Para la Corte Constitucional es el consumo humano del agua potable lo que se considera derecho y adquiere la connotación de fundamental y en ese contexto el servicio de acueducto como medio para acceder al agua potable es igualmente esencial, a lo anterior se agrega el saneamiento básico y a que el agua es un derecho indispensable para el desarrollo económico.
- La acción de tutela resulta procedente para hacer efectivo el derecho fundamental al agua potable solamente cuando ella es necesaria para preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas; sin embargo, esta acción no procede cuando está destinada a otras actividades, como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados.
- Si bien la Corte Constitucional hace referencia al derecho fundamental al agua (como parte esencial del ambiente), se debe expresar que este no se desarrolla, salvo en la referencia al derecho fundamental a un ambiente sano, de manera que no se determina la configuración del derecho al agua como recurso natural renovable y elemento esencial para la vida en el planeta, existe un vacío en el contexto del derecho, bajo qué reglas y subreglas se puede acceder a él y para que este sea tutelado.
- La importancia del agua en el mantenimiento de todas las formas de vida, no solo en función del consumo humano y atendiendo los avances jurisprudenciales plasmados en las Sentencias de la Corte Constitucional especialmente de la Sentencia T-608 de 2011 y el Consejo de Estado,²⁶ nos llevan a replantear la posición de la naturaleza como sujeto de derechos, tal y como se establece en la Constitución de Ecuador.

26 Mediante la Sentencia 1999-09090 de mayo 23 de 2012, el Consejo de Estado manifestó que los animales no pueden ser considerados por el Derecho vigente como simples objetos sino que, por sus calidades propias, deben ser sujetos de protección.

Sobre el ordenamiento ambiental del territorio

- Las políticas ambientales no se han implementado en forma adecuada, de manera que a la fecha Colombia, siendo el país con mayor biodiversidad del planeta por kilómetro cuadrado y con enorme riqueza hídrica, privilegia actividades que van en contravía del deber de conservación ambiental.
- El ordenamiento ambiental del territorio donde el agua por su importancia se constituya en el eje articulador es una asignatura pendiente por parte de las autoridades ambientales, lo que incide en gran medida en la generación de conflictos ambientales asociados al aprovechamiento y uso no sostenible de los mismos –en especial del agua– en el deterioro, contaminación, e incluso destrucción de las fuentes de agua.
- Los conflictos ambientales, sociales y económicos –que no son exclusivos del país y para su atención se requiere en muchos casos de la colaboración y articulación internacional– se exacerban debido a la existencia de políticas de desarrollo económico mediante las cuales se fomenta e incentiva la realización de actividades extractivas que incrementan los factores de deterioro ambiental, ante la evidente pasividad de las autoridades ambientales.
- Ante la ausencia de instrumentos mediante los cuales se planifique y ordene ambientalmente el territorio, en la práctica en muchas regiones del país se están ordenando basados en el desarrollo de actividades particulares y concretas –especialmente minería, hidrocarburos, puertos, hidroeléctricas– que generan graves impactos al ambiente, en especial al agua, y que si bien están sujetas a la obtención previa de licencia ambiental este instrumento se ha desdibujado al punto de constituirse en una mera formalidad, con la que no se garantiza el desarrollo sostenible, tal y como evidenció la Corte Constitucional en la Sentencia T-154 de 2013.
- La decisión de los últimos gobiernos de fomentar, incentivar y garantizar el desarrollo de actividades económicas, altamente impactantes del entorno natural, ha puesto en condiciones de desequilibrio a la naturaleza y al agua, que son vistas como un obstáculo al desarrollo, de manera que las actividades extractivas se desarrollan aún en áreas y ecosistemas de especial importancia ambiental ocasionando su destrucción e incluso generando procesos de desplazamiento de las comunidades y subvirtiendo de este modo el orden constitucional existente en este Estado social de derecho.
- Los tributos que se pagan por el uso y aprovechamiento del agua no se compadecen con los daños ambientales que ocasionan las actividades obligadas a su pago o inversión, sumado a una inadecuada gestión de las autoridades ambientales, que en muchos casos no destinan dichos recursos en la conservación de los recursos naturales renovables afectados.





Panel IV

Desplazamiento

El rol de la Corte Constitucional

en las dinámicas de desplazamiento asociadas a la explotación de recursos naturales

*Luis Guillermo Guerrero Pérez**

En todo el mundo el manejo y la explotación de recursos naturales provocan importantes flujos migratorios y cambios demográficos sustanciales. El análisis de experiencias como las de los proyectos energéticos de la represa de Belo Monte en el Amazonas brasileiro, la explotación minera a gran escala en Antofagasta (Chile) o en las minas de oro Marling en Guatemala, o los proyectos petroleros en la amazonía ecuatoriana, permite identificar algunos denominadores comunes.

En primer lugar, cabe referirse a los procesos de recepción de personas en las áreas de explotación, que, a su vez, producen importantes mutaciones en el entorno demográfico. En el Casanare, por ejemplo, con ocasión de la actividad en los yacimientos petroleros de Cusiana y Cupiagua, el número de habitantes en el municipio de Tauramena llegó a incrementarse en un 150% entre 1993 y 1996. En general, se trata de movimientos temporales con un carácter selectivo en función del sexo y la edad, concentrándose en hombres en edades económicamente productivas, entre los 30 y los 45 años. Estos fenómenos, a su vez, estimulan la actividad económica, no solo en razón de la explotación de recursos naturales como tal, sino por la presencia de estos nuevos segmentos poblacionales que requieren diversidad de servicios.

Por otra parte, y es el tema en el que quiero centrarme, la explotación de recursos naturales produce dinámicas de expulsión o desplazamiento. Las razones son variadas y complejas: desde la ocupación misma del espacio físico, que hace imperioso el traslado de las personas que vivían en donde ahora debe desplegarse la actividad económica, hasta las presiones sobre la población generadas por la economía de extracción.

* Magistrado de la Corte Constitucional.



En Colombia, además, es clara la superposición entre los territorios con potencial de explotación de recursos naturales, y los focos de violencia. En términos generales, los grupos armados ilegales se ubican y concentran en zonas estratégicas, y su presencia genera no solo un efecto disuasivo para la recepción de personas, sino que también produce la salida masiva de personas. De este modo, los territorios con un valor especial en razón de sus recursos naturales son, justamente por esta circunstancia, territorios con alto nivel de desplazamiento. A lo anterior se agrega que, en general, las alteraciones en la actividad económica, en la geografía, en el perfil demográfico y en las formas de vida, pueden provocar la salida de las personas nativas de la región, aspecto sobre cual abundan testimonios de quienes se han visto desplazados por esos abruptos cambios de su entorno.

Pese a la complejidad de los procesos migratorios vinculados a la explotación de recursos naturales, limitaré mi presentación al análisis de esta problemática, es decir, la salida no espontánea de personas nativas o de migrantes antiguos. Y más que analizar el fenómeno en su conjunto, me referiré al rol que ha tenido la justicia constitucional en estos procesos.

El examen de esta cuestión se efectuará, no a partir de estudios empíricos orientados a identificar y cuantificar con precisión el impacto de la justicia constitucional en tales dinámicas de desplazamiento originados en la explotación de recursos naturales, sino a partir de ideas obtenidas intuitivamente y que constituyen un punto de partida para una exploración más metódica y cuidadosa. Se trata entonces de lanzar algunas ideas provisionales que puedan servir como referente de análisis, y para ser puestas a prueba, y no de señalar un catálogo de verdades definitivas.

En este contexto, propondré tres ideas sobre el papel de la justicia constitucional. En primer lugar, el impacto de la justicia constitucional en este fenómeno es fundamentalmente prospectivo, difuso e indirecto. Es decir, la incidencia de la Corte Constitucional en las dinámicas de desplazamiento no se puede cuantificar directamente a partir del caso específico sobre el cual se pronuncia dicho tribunal, sino hacia el futuro, a partir del efecto indirecto de sus decisiones en casos afines. En segundo lugar, el rol de la justicia constitucional no consiste en definir o modificar las dinámicas de explotación de recursos naturales, sino que en regularizarlas o disciplinarlas fijando algunos estándares, normalmente de orden procedimental, a los cuales se deben sujetar las definiciones adoptadas por otros actores políticos, económicos y sociales. Y finalmente, en tercer lugar, dado que la justicia constitucional es instrumento social, el impacto que pueda llegar a tener depende en buena medida de las estrategias de quienes acudan a ella, más que de las propias políticas o prácticas institucionales de la Corte; es decir, su utilidad está en función del uso que a la misma le den los actores sociales: de la prontitud con la que actúen, de la frecuencia con la que acudan a ella, de la habilidad en el manejo de su jurisprudencia, entre otros.

Una justicia prospectiva y difusa

A diferencia de otras problemáticas en las que el cumplimiento del fallo de tutela no reviste mayor complejidad, y en las que su ejecución clausura el conflicto constitucional específico que da lugar a la intervención de la Corte Constitucional, el efecto directo de las decisiones de dicho tribunal en las dinámicas de desplazamiento asociadas a la explotación de recursos naturales suele ser mucho más limitado y complejo.

Esto ocurre, en primer lugar, porque algunos de los instrumentos de la justicia constitucional están diseñados y concebidos para ser resueltos en abstracto, y no para dirimir directamente problemas puntuales y concretos. En el control abstracto de constitucionalidad, por ejemplo, la Corte examina la compatibilidad del derecho legislado frente al ordenamiento, pero sin que su pronunciamiento esté asociado directamente a conflictos constitucionales entre personas determinadas. Sin embargo, estas decisiones abstractas hacia futuro pueden tener una mayor o una menor repercusión en las dinámicas de desplazamiento originadas en la explotación de recursos naturales.

Por tan solo mencionar un ejemplo, en la Sentencia C-123 de 2014 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que prohíbe a las autoridades regionales, seccionales y locales fijar zonas del territorio que sean excluidas permanente o transitoriamente de la minería. En este sentido, se determinó que el precepto anterior se ajusta a la Carta Política, en la medida en que se entienda que para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación minera las autoridades nacionales deben acordar con las del orden local las medidas necesarias para la protección del medio ambiente. Esta decisión, aisladamente considerada, no tiene un efecto directo e inmediato los procesos migratorios vinculados a la explotación minera.

No obstante, como quiera que la decisión otorga cierta “voz” y cierta participación a las autoridades locales en aspectos puntuales relacionados con los términos de la exploración y explotación minera, esta herramienta local podría ser utilizada a modo de incentivo para evitar el desplazamiento. Y al contrario, en tanto la Corte avaló la decisión legislativa de impedir que desde las instancias locales se clausure la posibilidad de la exploración y explotación minera, esta limitación podría favorecer algunas dinámicas de desplazamiento por quienes se sienten perjudicados con dicha actividad. Se trata entonces de un efecto indirecto y difuso.

Pero incluso cuando la Corte se pronuncia sobre problemáticas específicas de desplazamiento originadas en la explotación de recursos naturales, la incidencia en ellas podría resultar limitado e insuficiente. En la sentencia T-658 de 1998, por ejemplo, expedida con ocasión de la construcción de un embalse en territorio ocupado tradicionalmente por el pueblo Embera Katío



del Alto Sinú, la Corte ordenó la realización de una consulta, no para evaluar la viabilidad del proyecto, que era ya un hecho cumplido, sino para fijar y determinar medidas reparativas y compensatorias que pudieran evitar la descomposición y desintegración definitiva e irreversible de la comunidad y de su territorio, así como su desplazamiento a otros lugares. Transcurridos más de quince años desde aquel fallo los resultados son bien conocidos, porque aun cuando finalmente estas consultas se llevaron a efecto y las indemnizaciones se han pagado, la situación de violencia, unida a la pérdida del río y de los peces ocasionada por el embalse, y con ella la pérdida de la fuente de alimentación y de cohesión social, no pudo ser compensada con la reparación económica cuyo pago se ordenó en el fallo de tutela. Hoy en día el pueblo Embera Katío ha perdido la capacidad de autosostenimiento y una parte significativa en busca de nuevas oportunidades ha migrado hacia otras ciudades como Bogotá o hacia poblaciones cercanas en los departamentos de Chocó o Antioquia.

No obstante, aunque desde esta perspectiva más estrecha los resultados de la justicia constitucional pueden no resultar muy prometedores, este tipo de fallos han tenido una repercusión indirecta, más allá de sus propios términos, y quizás bien profundos. Después de que la Corte declaró con verticalidad que el daño ocasionado al pueblo Embera Katío estaba vinculado a la ausencia de la realización de la consulta previa, comenzaron a depurarse y consolidarse algunos estándares sobre los casos en los que el mecanismo constituye un imperativo, y esto a su vez ha hecho que muchos proyectos de explotación de recursos estén antecedidos de este procedimiento. De algún modo, entonces, los pronunciamientos de la Corte sobre hechos cumplidos que no tienen reversa, o los pronunciamientos cuyo impacto directo es escaso y precario sirven para fijar reglas específicas que deberán ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos. Mal que bien, con fallos como estos, hoy en día la obligatoriedad de las consultas constituye un estándar general, y el mensaje de la Corte contenido en la sentencia T-658 de 1998 de algún modo ha sido entendido.

La justicia constitucional como instrumento regularizador de las dinámicas de explotación de recursos naturales

Otro rasgo característico de la justicia constitucional es que por su mismo objeto y naturaleza no direcciona ni fija los derroteros de la explotación de recursos naturales, incluso cuando se encuentran vinculados directamente a procesos de desplazamiento u otras formas de afectación grave de los derechos. Los principales cursos de acción en esta materia responden a dinámicas económicas, sociales, políticas y culturales autónomas, y la actividad de la Corte se enfoca más en su regularización, para que por vía del ajuste progresivo a partir de estándares de orden procedimental, éstas se acomoden a unos mínimos constitucionales. La Corte ha tendido a suponer que los problemas constitucionales relacionados con la afectación del medio ambiente, la afectación de la actividad económica de grupos nativos, o la afectación de las

condiciones de vida de quienes tradicionalmente ocupan un territorio donde se inicia una actividad de explotación de recursos naturales, pueden ser manejados desde una perspectiva procedimental, a través de figuras como la consulta previa.

En la sentencia T-769 de 2009, por ejemplo, no se cerró definitivamente la posibilidad de realizar actividades de exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales en los departamentos de Antioquia y Chocó, y que a juicio de los demandantes resultaban lesivas de un amplio catálogo de derechos, sino que en su lugar se condicionó a que la consulta fuese previa, libre e informada, para lo cual se fijaron una serie de reglas, como las siguientes: (i) la consulta debe estar precedida de la realización de estudios científicos integrales y de fondo que den cuenta del impacto ambiental, y de su difusión en todas las comunidades potencialmente afectadas con el correspondiente proyecto; (ii) la consulta debe tener un acompañamiento de la fuerza pública a las comunidades consultadas; (iii) las decisiones sobre el otorgamiento de las licencias de exploración y explotación minera deben ser adoptadas una vez concluidos los procesos de consulta previa.

De manera semejante, en la sentencia T-1045A de 2010 la Corte consideró que la afectación del medio ambiente y el entorno natural, de la actividad económica y el modo de vida de las comunidades negras, por el otorgamiento de un título minero para la explotación de un yacimiento de oro en un territorio tradicionalmente ocupado por tales grupos, debía ser enfrentada por medio de una consulta previa, libre e informada, para la cual ordenó la realización del procedimiento, y la correspondiente suspensión de la actividad minera hasta tanto se agotase el referido trámite.

Puede advertirse, sin embargo, que la Corte ha comenzado a incursionar directamente en la dimensión sustantiva de estas problemáticas, más allá de las exigencias asociadas a protocolos procedimentales como la consulta previa. Este es el caso de la reciente sentencia T-294 de 2014, expedida con ocasión de la construcción y operación de un relleno sanitario regional en el departamento de Córdoba, cuyo examen del impacto social y ambiental del proyecto trascendió el análisis sobre la consulta previa, y se ubicó fundamentalmente en el debate sobre la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales y participación de la población impactada con el proyecto. En este caso, la Corte encontró que aunque el proyecto generaba en su conjunto un beneficio social importante, su diseño perjudicaba de manera desproporcionada a ciertos segmentos sociales, sin que este fuese compensado con otras medidas. Aunque también se consideró que el proyecto había fallado por no estar precedido de la consulta previa, libre e informada, la base decisional fueron aquellas consideraciones, más que las relacionadas con la consulta previa como tal.



Así pues, la justicia constitucional ha comenzado a efectuar una aproximación de carácter material a las problemáticas vinculadas a la explotación de recursos naturales. Hacia el futuro, entonces, además de garantizar que los correspondientes proyectos sean antecedidos de un proceso de consulta previa, libre e informada que garantice la participación de las comunidades potencialmente afectadas, la Corte podrá emprender un nuevo tipo de análisis orientado a determinar, por un lado, si la realización de estos grandes proyectos se justifica, teniendo en cuenta los costos sociales y ambientales a corto, mediano y largo plazo; y por otro, a asegurar que se adopten las medidas que preserven la integridad y los derechos de las comunidades, grupos y personas que puedan resultar perjudicadas por tales actividades de explotación.

Así, la Corte podrá fijar unos nuevos estándares para evaluar y determinar la viabilidad de estos proyectos, exigiendo que se incorporen a este análisis todos los costos que genera la afectación o destrucción del hábitat y del entorno natural y social, estimando y valorando incluso la afectación de intangibles como el valor cultural o religioso de la tierra. Solo a partir de esta valoración integral de costos y beneficios se puede establecer la viabilidad de las actividades de explotación de recursos naturales.

De igual modo, la Corte podrá fijar pautas para garantizar que estos proyectos resulten compatibles con los imperativos derivados de la Constitución ecológica y del Estado social de derecho. Así, por ejemplo, podría exigir que se adopten las medidas para evitar los reasentamientos involuntarios, especialmente cuando afectan grupos significativos de personas o elementos socioculturales derivados del arraigo cultural y económico de los recursos para la comunidad o pueblo desplazado, cuando el grupo afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad, o cuando el reasentamiento perjudica intangibles importantes para la comunidad desplazada. Y cuando el desplazamiento resulta inevitable a partir de criterios objetivos, la justicia constitucional podría exigir que se adopten medidas que tengan la potencialidad de reparar integralmente el daño provocado, no solo desde una perspectiva monetaria, sino a partir de una valoración integral del impacto de los proyectos de explotación de recursos. La necesidad de asegurar el acceso a la tierra y a los recursos por parte de las personas y grupos reasentados, la de evitar que se produzca una desintegración social y cultural, la pérdida de su identidad o la agravación de su condición económica, son variables que deberán incorporadas a este análisis.

Esta nueva aproximación arroja luces importantes sobre la forma en que deben enfrentarse los problemas vinculados a los grandes proyectos de explotación de recursos. En el caso de la construcción de la represa Urrá, por ejemplo, este análisis pone en evidencia las graves consecuencias de no haber diseñado espacios para la participación de las comunidades afectadas y, en general, de haber prescindido del procedimiento de la consulta previa, libre e informada. Esta participación se efectuó tardíamente y solo con el propósito de concertar

una compensación económica que no resultaba consistente con la naturaleza y la dimensión de los daños provocados a la comunidad Embera Katío, y que a la larga, terminó por acelerar la desintegración social provocada por la muerte del río Sinú.

La justicia constitucional como instrumento y herramienta de los actores sociales

Finalmente, en la medida en que el derecho en general constituye una herramienta de la organización social, las potencialidades de la justicia constitucional están en función de las habilidades de los actores sociales para manejar este instrumento. Esto ocurre, en primer lugar, porque la justicia constitucional no se activa oficiosamente, ni en el marco del control abstracto de constitucionalidad ni en materia de tutela, por lo que esto corresponde, en principio, a otras instancias estatales, y a los actores económicos y sociales interesados en la intervención de la Corte.

En ocasiones, incluso, no solo se requiere su mediación para activar la justicia constitucional, sino que resulta de vital importancia la oportunidad, en términos temporales, de su mediación. En el caso de la sentencia T-658 de 1998, a la que se aludió anteriormente, la acción de tutela fue interpuesta cuando ya la represa Urrá estaba construida sin haberse agotado el procedimiento de la consulta previa, y cuando tan solo faltaba el correspondiente llenado del embalse. En tales circunstancias, y pese a que la Corte ordenó como medida provisional suspender el proceso de llenado, la decisión se limitó a ordenar la realización de una consulta para fijar los términos de reparación económica que tendría por objeto, entre otras cosas, contener la salida masiva de los embera katío del Alto Sinú de su territorio ancestral.

Pero además, como las dinámicas de desplazamiento revisten un alto nivel de complejidad, los insumos que puedan ser suministrados por las agencias estatales y por los actores sociales tienen, en el caso del desplazamiento, un papel decisivo.

En este sentido, las medidas adoptadas por la Corte para hacer seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, se han alimentado de los análisis y estudios empíricos de organizaciones como CODHES, AFRODHES o de la propia ONU, que dan cuenta de la dimensión, de las causas y de las medidas para enfrentar esta problemática, y en particular sobre la forma en que la explotación de recursos naturales, como con la minería a gran escala o los monocultivos, inciden de forma decisiva en este fenómeno. Circunstancias como el fortalecimiento de los grupos armados al margen de la ley a través de la actividad minera, por medio de estrategias como el control de zonas de explotación, el cobro de vacunas o las extorsiones, la forma en que esto se convierte en un factor disuasivo para



la desmovilización, la utilización de grupos armados al margen de la ley para provocar la salida masiva de la población nativa con el propósito de con el propósito de emprender en el territorio correspondiente proyectos económicos de gran envergadura como extracción de minerales y petróleo, o la siembra de nuevos productos como la palma africana y el caucho, han sido documentados por distintas organizaciones que participan e intervienen en los procesos que se surten en la Corte Constitucional.

De igual modo, fallos de tutela y sentencias de constitucionalidad relacionadas con el desplazamiento forzado asociado a la explotación de los recursos naturales, son el resultado, al menos en parte, de este proceso de construcción conjunta entre los actores sociales y el juez constitucional. La sentencia C-366 de 2011, por ejemplo, que declaró la inexecutable de una ley reformativa del Código de Minas, partió de la premisa, cuyo fundamento conceptual y empírico fue suministrado por estudios de esta naturaleza, de que la actividad minera suele traer aparejada una afectación significativa de los derechos de colectivos tradicionales excluidos como los afrodescendientes o los indígenas, y que tal afectación provoca fenómenos como el desplazamiento forzado. Esa premisa permitió a la Corte concluir que la omisión de la referida consulta constituía una irregularidad que afectaba la validez misma del proceso de aprobación parlamentaria, que daba lugar a la declaratoria de inexecutable.

Es decir, la sociedad civil y las organizaciones sociales han acompañado a la Corte en el manejo de esta problemática. Estos autos constituyen un ejemplo paradigmático del intercambio y el diálogo constructivo entre el juez constitucional y estos actores sociales en materias altamente complejas, y cuya comprensión requiere de instrumentos científicos y técnicos de los que la Corte carece.

Conclusión

La Corte Constitucional de Colombia ha sido percibida como un tribunal particularmente activista, que al lado de los demás actores que dominan la escena política participa directa en la definición de las políticas económicas y sociales del país. Esta revisión general pone en evidencia las potencialidades, pero también las grandes limitaciones de la justicia constitucional, y del derecho en general, en los procesos de construcción y de transformación social. En esta materia, relacionada con el desplazamiento provocado por la explotación de recursos naturales, el papel de la Corte ha sido más el de hacer un diagnóstico de la problemática a la luz de los estándares de los derechos fundamentales, el de mostrar la relevancia y la gravedad de la situación, y el de indicar o señalar posibles rutas de acción para enfrentarla.

Los derechos

de los emigrantes ecológicos

Fernando López Ramón*

1. Los emigrantes ecológicos: concepto y alcance

El objeto de nuestro estudio se refiere a los emigrantes ecológicos. La identificación del fenómeno parece haberse producido en la década iniciada en 1980 dentro de las disciplinas y las experiencias implicadas en las políticas humanitarias internacionales.¹ La inicial denominación de refugiados ambientales ha experimentado cambios alternativos en sus dos componentes, puesto que, de una parte, las personas afectadas se llaman refugiados, desplazados o emigrantes y, de otra, la causa que les impulsa origina las calificaciones de ambientales, ecológicos o climáticos; combinando esos dos juegos de tres palabras cada uno (siempre un sustantivo con un adjetivo) podríamos formar las nueve variantes que presenta la terminología al uso.²

La diversidad lingüística no solo se explica en términos de riqueza del vocabulario aplicable, ya que las variadas expresiones pueden conllevar unos efectos que los correspondientes usuarios, directa o indirectamente, desean promover. Así, mediante el empleo del término de *refugiados* como sustantivo de la locución, pudiera pretenderse una equiparación con los refugiados políticos objeto de la Convención de Ginebra (1951), que justificaría la ampliación del ámbito de aplicación de la misma o, al menos, la elaboración de un marco jurídico propio de corte similar para estos nuevos refugiados. Una situación parecida podría darse en relación con el uso del calificativo de *climáticos* en la expresión que nos ocupa, al identificar como causa de la catástrofe el efecto invernadero generado

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

1 Suele citarse a El-Hinnawi (1985, 4) como el primer autor que, dentro del ámbito de actuación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, identificó formalmente el fenómeno de los refugiados ambientales.

2 El número de variantes se incrementaría añadiendo el sustantivo exiliados; sin embargo, estimo que equivale al de refugiados en la intención de quienes lo emplean.



por la contaminación acumulada por parte de los países desarrollados, los cuales habrían de asumir la mayor carga financiera en esta materia conforme al principio internacional de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Paralelamente, cabría pensar que hablando de desplazados o de emigrantes en el plano de los sustantivos, y calificándolos de ambientales o ecológicos, se estarían buscando denominaciones más asépticas, aunque también pudiera señalarse que la pretendida neutralidad lingüística equivale aquí bien a la negación del rico y favorable acervo jurídico aplicable a los refugiados políticos, bien al rechazo de las responsabilidades de los países desarrollados.³

El mismo alcance de las migraciones ecológicas es cuestión que se mueve entre una elevada indeterminación y sorprendentes precisiones numéricas. Así, limitándonos a referencias pioneras: a) en la línea de la vaguedad cabría citar el altamente influyente criterio del IPCC, que en 1990 mencionaba las “decenas de millones” de refugiados ambientales que “incluso una modesta elevación de los niveles globales del mar podría producir”;⁴ y b) en la línea de la concreción podría mencionarse la ampliamente divulgada estimación que en el año 1995 cifró en 200.000.000 las personas con riesgo de “éxodo” por causas ambientales para el año 2010.⁵

Ambos planteamientos parece que han de ser descartados a la vista de: a) el formal abandono de los intentos de realizar en esta materia estimaciones numéricas, que explícitamente se consideran “conjeturas” (*guessworks*) por el mismo IPCC;⁶ y b) la constatación del carácter instrumental de las predicciones y su falta de rigor conforme a la denuncia de diversos autores.⁷

3 En este trabajo, al referirse a las víctimas con diferentes denominaciones no se pretende afirmar ni desconocer ningún elemento favorable a las mismas, ni tampoco atribuir ni justificar responsabilidades. En todo caso, para un análisis incisivo de las implicaciones de las diferentes expresiones, especialmente bajo la óptica de la polémica relación entre cambio climático y migraciones, véase: Morrissey, 2012.

4 Primer Informe IPCC (1990, II, 5-9). Siglas en inglés del *Intergovernmental Panel of Climate Change* (Grupo Intergubernamental de Expertos en Cambio Climático), cuyos informes pueden encontrarse en: www.ipcc.ch.

5 Myers y Kent (1995, I) aseguraban que en aquel momento había 25.000.000 de refugiados ambientales procedentes principalmente del África Subsahariana, India, China, México y América Central, previendo que la cifra se doblaría para el año 2010, si no antes, y con el riesgo de que llegaran a alcanzarse los 200.000.000 de víctimas. Llegado el año indicado sin que se cumpliera la anterior predicción, no obstante, otros autores, como Bierman y Boas (2010, 60) persisten en la cifra de los 200.000.000 de desplazados ambientales, aunque ahora referida al horizonte del año 2100.

6 Así, en Cuarto Informe IPCC (2007, II, 365). Ya en anteriores informes del IPCC (grupo de trabajo II), si bien se mantenía un subepígrafe sobre las migraciones ambientales, había desaparecido toda referencia numérica al alcance de las mismas (Segundo Informe IPCC, 1995, II, 406; Tercer Informe IPCC, 2001, II, 397). En el cuarto informe, tal y como estamos indicando, se descartó explícitamente la viabilidad de una medición del fenómeno, considerando que “desagregar las causas de las migraciones es altamente problemático”, habida cuenta de la multiplicidad de motivaciones y factores que las determinan (Cuarto Informe IPCC, 2007, II, 365). En el último informe se afirma simplemente que “la migración humana es una de las muy diversas estrategias de adaptación o respuestas al cambio climático” (Quinto Informe IPCC, 2014, II, 1060).

7 F. Tiberghien (2008, 17) asegura que “siguiendo su costumbre, las organizaciones internacionales con la ONU en primera fila, con el comprensible objetivo de movilizar la atención de los decisores públicos y de

A efectos del presente estudio, damos por supuesta la importancia de las migraciones ambientales, pero sin referirlas exclusivamente a las originadas por el cambio climático. Adicionalmente, conviene subrayar no solo la dificultad que encierra predecir el alcance de estos desplazamientos, sino aún la inconveniencia que pudiera entrañar el hacerlo sin el debido rigor. En tal sentido, la llamada a la prudencia en la realización de cálculos se fundamenta en la consideración de que las cifras apocalípticas no necesariamente habrían de generar un estado de opinión proclive a reducir el cambio climático o a financiar la gestión de las migraciones climáticas. También pudiera temerse que las cifras abultadas contribuyeran a justificar el incremento de medidas aislacionistas en los países desarrollados.

2. El régimen de los desplazamientos internos

La frecuencia y gravedad de los desplazamientos forzados que tienen lugar en el interior de Estados en vías de desarrollo ha determinado la elaboración, en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos conocidos como Principios Deng (1998).⁸ Su ámbito de aplicación son pues los desplazados internos, concepto en el que se incluyen las personas o grupos de personas que: “se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual” y “que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (apartado 1). Las causas determinantes del desplazamiento no son tenidas necesariamente en cuenta, aunque el documento destaca las de mayor trascendencia: “En particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano”. En cualquier caso, vemos que están explícitamente incluidos los desplazamientos ambientales vinculados a todo tipo de catástrofes.

los medios de comunicación sobre un problema nuevo, han incurrido desde el inicio en el catastrofismo desproporcionado y la victimización a ultranza”. Expone a continuación las abultadas cifras proporcionadas sin adecuados fundamentos en diferentes documentos y resaltando finalmente que tales cifras, de darse en la realidad, desbordarían ampliamente las capacidades comprobadas de la comunidad internacional y particularmente del ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados). S. Ollitrault (2010, 31-34) localiza en el esfuerzo mediático de las organizaciones no gubernamentales durante la Conferencia de Copenhague (2009) la divulgación “movilizadora” de la figura del refugiado climático. F. Gemenne (2011, 41-49) considera que las estimaciones y predicciones han fluctuado en función del creciente interés de los medios de comunicación en esta materia, sin que exista consenso ni siquiera en la metodología aplicable, hasta el punto de que la cuestión numérica resulta ser una de las más conflictivas en los debates sobre la migración ambiental. K. M. Wyman (2013, 168) pone de relieve la falta de más profundos análisis en los cálculos, sin los cuales “la posibilidad de emigración inducida por el clima será un planteamiento ridículo”.

8 Principios compilados bajo la dirección de Francis M. Deng, Representante del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos (E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998). La Comisión de Derechos Humanos tomó nota de los mismos mediante resolución de 17 abril 1998. En ellos se recopilan los derechos y garantías de los desplazados internos conforme a la normativa internacional de derechos humanos y el Derecho humanitario internacional, reafirmando las normas aplicables que se encontraban dispersas en diversos instrumentos, así como procediendo a aclarar sus ambigüedades y a colmar sus lagunas.



El texto de los citados principios formalmente ha de ser considerado *softlaw*, puesto que no ha sido adoptado con carácter vinculante por un órgano de la comunidad internacional. Sin embargo, su contenido material se corresponde con reglas positivas del Derecho internacional de los derechos humanos, normas que son objeto de una sistemática aplicación a la situación específica de los desplazados internos. Ese enfoque centrado en los derechos humanos hace que la infracción de cualquiera de los Principios Deng implique la violación de los tratados internacionales que recogen el correspondiente régimen de protección de los derechos afectados.

Por tanto, estamos ante principios que los Estados habrían de observar activamente. En tal sentido parece debiera interpretarse la modesta advertencia del documento al declarar que los principios “sirven de orientación”, entre otros, a “los Estados afectados por el fenómeno de los desplazamientos internos” (apartado 3). En efecto, son orientaciones que recuerdan sistemáticamente los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.⁹ Para desentenderse de su cumplimiento, los principios generales de buena fe y de buena administración exigirían que la autoridad concernida, al menos, motivara explícitamente las razones jurídicas determinantes de la no observancia de uno de los contenidos del documento, facilitando además a los afectados las vías de oposición para la determinación jurídica del concreto alcance del criterio concernido.

Desde el recordatorio de compromisos generales orientados por la esencial regla de la igualdad (principios 1-4), el texto en cuestión recoge: a) principios relativos a la protección contra toda modalidad de desplazamiento arbitrario, tanto por su causa como por su forma o alcance (principios 5-9); b) principios correspondientes a la protección durante el desplazamiento, que se derivan de los derechos a la vida, la dignidad y la integridad, la libertad y seguridad personales y demás situaciones garantizadas a las personas (principios 10-23); c) principios sobre la asistencia humanitaria en condiciones de humanidad e imparcialidad y sin discriminación (principios 24-27); y d) principios aplicables al regreso, el reasentamiento y la reintegración (principios 28-30).

Aunque los Estados son los destinatarios naturales de los Principios Deng, no cabe desconocer las carencias que pueden presentarse en la realidad, habida cuenta tanto de las capacidades del Estado afectado como de la magnitud del evento determinante de los desplazamientos. De ahí la necesidad de posibilitar la acción internacional aun tratándose de movimientos internos de población, tal y como se prevé al reconocer a las organizaciones humanitarias internacionales y otras instituciones “el derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos”, debiendo las autoridades competentes conceder y

9 Así se recuerda en el documento ACNUR (2009, 5) al destacar que los Principios Deng “reflejan el Derecho internacional y están fundados en él”.

facilitar “el paso libre de la asistencia humanitaria” (principio 25), así como “un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos para que les presten asistencia en su regreso o reasentamiento y reintegración” (principio 30).¹⁰

3. El estado de cosas inconstitucional

En ocasiones, las catástrofes y los desplazamientos generados por las mismas pueden requerir medidas extraordinarias que rebasan el ámbito de las medidas políticas ordinarias. Cabría entonces declarar el denominado estado de alarma conforme a lo previsto en la Constitución española (art. 116) y la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en especial, arts. 4-12), regulación que resulta frecuente encontrar en el constitucionalismo comparado con planteamientos similares.

La regulación constitucional no precisa las circunstancias determinantes de la declaración del estado de alarma, limitándose a prever el órgano competente para realizarla (el Gobierno), el plazo máximo de duración de la misma (quince días prorrogables con autorización del Congreso) y la necesidad de determinar su ámbito territorial de aplicación. Sin embargo, en el desarrollo legal se recogen las “alteraciones graves de la normalidad” que permiten al Gobierno declarar el estado de alarma, incluyendo entre ellas: “Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos o forestales o accidentes de gran magnitud” (Ley Orgánica 4/1981: art. 4.a).

Los efectos del estado de alarma, en los términos de la Ley Orgánica 4/1981, comprenden: a) medidas de *organización* consistentes en posibilitar la formación provisional de una estructura administrativa fuertemente jerarquizada, donde todas las autoridades civiles, los integrantes de los diversos cuerpos de policía y los demás funcionarios y trabajadores “quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente” (art. 9.1); y b) medidas de *intervención*, que pueden comprender limitaciones a la circulación, requisas temporales de bienes, prestaciones personales, ocupación de empresas, racionamiento de servicios y consumos, y otras (arts. 11-12).

No vamos ahora a entrar en mayores detalles sobre el régimen del estado de alarma, pues basta con identificarlo como uno de los elementos de la teoría de la catástrofe que cabe aplicar a los desplazados ambientales. En cambio, sí interesa referirnos a una sorprendente institución relacionada con los

10 Los Principios Deng se encuentran reforzados por las resoluciones de Naciones Unidas que garantizan el principio de libre acceso a las víctimas de catástrofes naturales y otras situaciones de emergencia (Resolución ONU 43/131 de 8 diciembre 1988) o la formación de los llamados pasillos humanitarios, que se inspiran en el derecho de paso inocente por aguas territoriales de un Estado (Resolución ONU 45/100 de 14 diciembre 1990). Asimismo, en un ámbito regional, cabe citar la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de las Personas Internamente Desplazadas en África (Kampala, 2009), que incluye en su ámbito de aplicación los desplazamientos por conflictos armados o por desastres de origen natural y humano, estableciendo las obligaciones estatales de proteger y asistir a las personas internamente desplazadas, así como facilitar un acceso rápido y sin obstáculos a las organizaciones y al personal humanitario.



regímenes excepcionales que ha sido alumbrada y aplicada con tesón por la Corte Constitucional colombiana.

Se trata del estado de cosas inconstitucional, que permite afirmar la efectividad de la Constitución, no solo a través de la acción legislativa, sino también mediante la actividad jurisdiccional. Por medio de tal doctrina, la Corte Constitucional colombiana se reserva la capacidad de identificar y exigir a los demás poderes públicos, particularmente a las autoridades del Ejecutivo, los desarrollos y las aplicaciones del texto fundamental que considere imprescindibles para alterar la situación inconstitucional.

La formulación de esa jurisprudencia se inició en 1997 con la estimación de las acciones de tutela ejercidas por algunos maestros municipales al considerar que su falta de afiliación al sistema nacional de prestaciones sociales constituía una violación del derecho de igualdad. Ahora bien, más allá del caso concreto resuelto, la Corte constató que la situación afectaba de manera generalizada a muchos otros docentes (a “varias decenas de miles”), circunstancia que le llevó a plantearse si podía “emitir una orden a las autoridades públicas competentes” con el fin de que adoptaran las medidas conducentes a eliminar “un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional”. La misma Corte apoyó la respuesta afirmativa a ese interrogante en las siguientes dos razones: su deber de colaboración con los restantes órganos del Estado, que había de incluir la comunicación del estado de cosas inconstitucional a la autoridad competente; y la necesidad de evitar la sobrecarga de los tribunales y de la propia Corte Constitucional con la presentación de un número excesivo de demandas de contenido equivalente.¹¹

Con posterioridad, la propia Corte colombiana ha ampliado y robustecido los fundamentos de su postura aludiendo a la doctrina norteamericana de los *structural remedies* aplicable en casos extraordinarios.¹² Así, el estado de cosas inconstitucional se presenta cuando hay una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en

11 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana SU-559/1997 (FJ 31).

12 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-1030/2003 (FJ 4). La doctrina de los *structural remedies* fue puesta en marcha en Estados Unidos tras la conocida sentencia del Tribunal Supremo presidido por el *Chief Justice* E. Warren en el caso *Brown*, (347 US 483 (1954)). La sencilla declaración de la sentencia constatando claramente que “los centros de educación separados son esencialmente desiguales”, conllevaba considerar inconstitucionales todas las regulaciones y prácticas estatales que preveían escuelas separadas en función de la raza y no solo las aplicadas por el Departamento de Educación de la ciudad de Topeka en el Estado de Kansas. Conforme a tal doctrina, en circunstancias excepcionales, puede alterarse la tradicional limitación de las sentencias a las partes en el proceso y la consecuente abstención del poder judicial con respecto a todo asunto atribuido a los otros poderes (*political question*). Así se postula en casos de violación sistemática de derechos fundamentales de grupos de personas, con implicación de un conjunto de autoridades, de manera que conformen políticas públicas radicalmente inconstitucionales, lo que justificaría que los efectos de la sentencia pudieran rebasar a las partes del proceso, permitiéndose al propio Tribunal Supremo vigilar el efectivo cumplimiento del fallo con la extensión necesaria para garantizar la efectiva vigencia de los principios constitucionales. Véase: Farber y otros (2013, 1362-1385).

factores estructurales. Los casos determinantes de esta doctrina, que se ha extendido a otros países americanos, comprenden supuestos variados que van desde el inicial incumplimiento del régimen de pensiones de los maestros a las condiciones de reclusión penitenciaria o, en lo que aquí más directamente interesa, a las condiciones de vulnerabilidad extrema de los desplazados por la violencia terrorista.¹³

Los desplazamientos forzados por el conflicto armado ya habían determinado con anterioridad la atención del legislador colombiano (Ley 387/1997). Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que las medidas resultaban insuficientes, particularmente en relación con grupos sociales vulnerables como las poblaciones indígenas y las comunidades afrocolombianas (sentencia T-05/2004, seguida de diversos autos de aplicación). Así, asumiendo las exigencias de la Corte, se aprobarían medidas legislativas de reparación integral de las víctimas del conflicto armado (Ley 1448/2011). Finalmente, el fenómeno de los desplazados por desastres ambientales ha sido reconocido, al menos parcialmente, al formalizarse la política nacional de gestión del riesgo de desastre (Ley 1523/2012).

4. El Derecho internacional humanitario

La búsqueda de un régimen jurídico para los refugiados ambientales es ya una constante en los estudios de Derecho internacional humanitario. También lo viene siendo descartar que el problema pueda solucionarse mediante la aplicación de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados Políticos (1951).

Hay una coincidencia generalizada, en efecto, en considerar inaplicable a nuestro caso la citada regulación ginebrina, siendo ciertamente escasos los autores que la reivindicar. Las razones de la postura mayoritaria pueden resumirse así: a) de un lado, las víctimas de las catástrofes ecológicas suelen ser desplazados internos que no han abandonado su país de origen o que desean regresar al mismo, en quienes, en cualquier caso, no se aprecia ningún especial temor de ser perseguidos por las autoridades nacionales, ni desde luego concurre en ellos una característica objetiva determinante de discriminación por raza, religión, opinión política, pertenencia a un grupo social o supuesto similar; y

13 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-025/2004, cuyos autos de ejecución continúan dictándose hasta el presente. Dentro de los factores valorados por la Corte para definir la existencia de un estado de cosas inconstitucional en este caso, cabe destacar las siguientes situaciones: a) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones de garantizar los derechos; c) la no adopción de las medidas legislativas, administrativas o presupuestarias necesarias para evitar la vulneración de los derechos; y d) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestario adicional importante. Véase el detenido estudio de esta jurisprudencia y su expansión por Argentina, Perú, Ecuador y Venezuela, en: Fuentes, E.H. et al., 2012); para una fundamentación de la misma doctrina en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales conforme a categorías de origen alemán, véase: Tole Martínez, 2006, 278-312.



b) en cambio, los refugiados políticos se caracterizan por haber abandonado su Estado de origen sin posibilidad de retorno al haber perdido la protección de dicho Estado por una circunstancia objetivamente discriminatoria.¹⁴ A la vista de tales diferencias se considera improcedente aplicar a los refugiados climáticos el estatuto de los refugiados políticos, argumentándose incluso que la ampliación de este podría implicar su misma debilitación al tener que aplicarse a un conjunto de personas presumiblemente muy superior en número.

En el ámbito europeo, también resulta limitado el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, establecido a partir de la Directiva 2001/55/CE.¹⁵ De manera quizás algo forzada, lo cierto es que la literalidad de la norma permite incluir entre sus beneficiarios a los desplazados ambientales, pues estos podrían caracterizarse como personas “cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país” (art. 2.c).¹⁶ La protección es amplia, reconociéndose derechos en materia de trabajo, alojamiento, ayuda social, atención médica, educación, reagrupación familiar y otros (arts. 8-16). Sin embargo, no puede desconocerse que se trata de un régimen de protección temporal (hasta un máximo de dos años: art. 4), cuya aplicación se hace depender de una previa decisión del Consejo constatando “la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas” (art. 5).¹⁷

14 Con esos argumentos, véanse: Cournil & Mazzega (2007, 21-24), o Tiberghien (2008, 18-19). El propio Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados A. Guterres (2008, 8) estima improcedente ampliar el concepto de refugiado político a fin de incluir a los desplazados ambientales, pues “con cualquier iniciativa para modificar esta definición se correría el peligro de una renegociación de la Convención de 1951”. No obstante, a favor de una interpretación ampliatoria del concepto de refugiado que permitiera aplicar el sistema de la Convención de Ginebra a los refugiados ambientales se decantan autores como S. Borrás Pentinat (2006, 87-90) y V. Kolmannskog (2008, 302-320).

15 Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DO L 212 de 7.08.2001). La anterior Directiva se incorpora a España por RD 1325/2003.

16 No obstante, es posible que la definición de los beneficiarios de la Directiva 2001/55/CE se hiciera en función de los desplazados por conflictos bélicos, pues en sus antecedentes se citan destacadamente los desplazamientos producidos por los conflictos en la disolución de la antigua Yugoslavia (cdos. 3 y 6). En el articulado de la misma Directiva, la definición de los desplazados contiene particulares referencias a personas “que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente” o “que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos” [art. 2.c)], previéndose consultas institucionales al ACNUR, que es la autoridad internacional competente para los refugiados políticos (art. 3.3), así como las medidas de facilitación del acceso de los beneficiarios al procedimiento de asilo (arts. 17-19).

17 Cabe plantear la duda de si esa decisión, que corresponde adoptar al Consejo por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, es de alcance reglado o discrecional. La explicación dada en los antecedentes de la Directiva 2001/55/CE invita a pensar en la discrecionalidad, pues se dice que tal decisión “determinará la condición de afluencia masiva de personas desplazadas” (cdo. 14), apreciándose que parece ser la voluntad del Consejo la que determina el supuesto de hecho legal, es decir, la inclusión de los desplazamientos en la categoría de “afluencia masiva”. Sin embargo, la previsión normativa de que la Comisión “constatará” la existencia de una afluencia masiva de desplazados (art. 5.1), permite más bien deducir que se trata de una potestad de ejercicio reglado, aun cuando en el supuesto de hecho legal se emplee un concepto jurídico indeterminado.

La ausencia de una adecuada regulación de la intervención humanitaria en los desplazamientos ambientales se pone de relieve en las directrices IASC (2006).¹⁸ En ellas se promueve enfocar siempre la asistencia humanitaria desde la perspectiva consistente en promover y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, proporcionándose, así, ventajas evidentes para los afectados, quienes: a) ven robustecida su posición como titulares de derechos exigibles ante los obligados, en vez de como meros beneficiarios pasivos de la labor asistencial de terceros; b) pueden mejorar el alcance de las actividades de asistencia frente a los riesgos de violencia; y c) se benefician del marco legal aplicable a los ciudadanos del país de acogida. No obstante, todo ese cuadro está dirigido a orientar la actividad de quienes deseen desempeñar las tareas humanitarias, pues no se ha reconocido previamente el elemental derecho de toda persona desplazada a trasladarse e instalarse en el territorio de otro Estado.

3. Las propuestas de nuevo tratado

Las anteriores carencias explican la proliferación de iniciativas tendentes a proporcionar marcos jurídicos específicos para los desplazados ambientales, particularmente a los que cabría identificar como refugiados climáticos. Autores de diversas procedencias han realizado así interesantes diseños de un nuevo tratado internacional referido al éxodo climático. Debido probablemente a la cercanía temporal de estas propuestas –por desconocimiento, más que por desconsideración– no ha prevalecido en ellas el método de crítica y mejora de las precedentes, sino la directa proyección de nuevas regulaciones.¹⁹

18 IASC por sus siglas en inglés, *Inter Agency Standing Committee*, Comité Permanente entre Organismos, que funciona como el primer mecanismo para coordinar la asistencia humanitaria de Naciones Unidas ante cualquier emergencia. Las directrices operacionales IASC (2006) se organizan en cuatro grupos de protección de los derechos relacionados con: a) la vida, la seguridad, la integridad física de la persona y los lazos familiares; b) la provisión de alimentos, la salud, el alojamiento y la educación; c) la vivienda, la tierra, la propiedad, los medios de subsistencia y la educación; y d) la documentación, la libertad de circulación, el restablecimiento de los lazos familiares, la libertad de expresión, opinión y elecciones.

19 Sobre los términos del debate en las doctrinas francesa y anglosajona, véase: Bétaille, 2010. Un marco conceptual previo para el desarrollo de las diversas propuestas –ciertamente y por desgracia, no siempre conocido por los sucesivos autores, especialmente en el ámbito anglófono– puede encontrarse en el trabajo pionero desarrollado en la tesis doctoral de V. Magniny (1999), cuyas propuestas podrían sintetizarse en la necesidad de construir un régimen que proporcionara las siguientes condiciones de protección a los refugiados ambientales: a) *protección internacional* de ámbito territorial planetario mediante un tratado multilateral; b) *protección autónoma*, esto es, de ámbito subjetivo amplio al referirse a todo tipo de desplazados ambientales, incluidos los internos, pero determinando un estatuto claramente diferenciado de los refugiados políticos atendidos por la Convención de Ginebra de 1951; c) *protección material* de contenido significativo, estableciendo las bases de una logística importante que permitiera instalar campamentos temporales con adecuadas soluciones para las necesidades vitales de los refugiados en materia de higiene, alimentación, alojamiento, seguridad y otros aspectos; d) *protección colectiva* mediante la intervención humanitaria, que *prima facie* debería dirigirse a grupos de personas desplazadas, sin exigir, al menos inicialmente, requisitos individualizados; e) *protección jurídica* que proporcionara un régimen basado en los derechos de acogida, reagrupación familiar, trabajo, prestaciones sociales, además de los elementales derechos a la vida, la dignidad, la libertad y otros; y f) *protección temporal* cifrada en un lapso de tiempo inferior a una generación o más breve si el regreso al país de origen sin peligro fuera posible con anterioridad.



El primer proyecto articulado de un convenio relativo al estatuto internacional de los desplazados ambientales es de origen francófono, pues se elabora en la Universidad de Limoges en 2008, con una segunda versión en 2010.²⁰ Cabe identificar en él las siguientes pautas: a) su *objetivo* es garantizar los derechos de los desplazados ambientales, organizando la acogida y eventual retorno de los mismos; b) la *definición* de desplazado ambiental comprende a toda persona que, debido a un cambio radical o gradual de su medio ambiente, se ve obligada a dejar su lugar de residencia habitual en el interior de un mismo Estado o desde el Estado de residencia a otro de acogida; c) los *principios* particularmente inspiradores del texto son los de solidaridad, responsabilidades comunes pero compartidas, protección efectiva y no discriminación; d) los *derechos* garantizados son los relativos a información, participación, libre desplazamiento, asistencia, agua, personalidad, trabajo, educación, identidad cultural, nacionalidad y los civiles y políticos; e) el *procedimiento* a seguir para ser beneficiario del convenio consiste en el reconocimiento individual ante comisiones nacionales con posibilidad de recurso ante una Alta Autoridad internacional; y f) bajo la óptica *organizativa* y *financiera* se prevé la creación de una Agencia Mundial para los Desplazados Ambientales y un Fondo de igual objetivo.

Otras propuestas de regulación internacional del fenómeno surgieron entre 2009 y 2010 y en términos bastante cercanos: una en la estadounidense Universidad de Harvard, otra en la australiana Universidad de Monash y la tercera en la holandesa VU Universidad de Ámsterdam.²¹ Algunas características de estas iniciativas, que no se presentan formalmente ordenadas en artículos, son las siguientes: a) los *beneficiarios* se definen en los tres casos como las personas forzadas a desplazarse, con carácter temporal o permanente, por repentinas o graduales alteraciones ambientales relacionadas con el cambio climático, exigencia esta que aún resulta más estricta en la propuesta de Harvard al imponerse la condición del cruce de una frontera, mientras que las de Monash y Ámsterdam incluyen los desplazados internos; b) el *derecho de permanencia* en otro Estado se asume en las propuestas de Harvard y Monash como derecho de los desplazados climáticos a no ser expulsados ni forzados a regresar a su Estado de origen mientras el cambio climático afecte a sus condiciones de supervivencia en el mismo; c) la *financiación* de la ayuda humanitaria se remite a un fondo internacional sostenido por los países desarrollados en función de su contribución al cambio climático y su capacidad financiera, conforme al principio internacional de responsabilidades comunes pero diferenciadas; y d) la preocupación por el *desarrollo* es la característica de la iniciativa de Ámsterdam, cuya mayor preocupación se refiere a la financiación de las

20 Véase el texto del proyecto de convenio en M. Prieur y otros (2008 y 2010). La iniciativa de este texto se originó en el Colloque International de Limoges sur les Refugiés Écologiques (2005). También ver: Lavielle et al., 2012; y Prieur, 2014.

21 La propuesta vinculada a Harvard es la de B. Docherty y T. Giannini (2009); la originada en Monash va suscrita por D. Hodgkinson, T. Burton, H. Anderson y L. Young (2010); y la proveniente de VU Universidad de Ámsterdam es la de F. Biermann y I. Boas (2010).

actividades a emprender y las medidas de soporte a las autoridades locales y a las agencias internacionales implicadas dentro de la política de desarrollo.

En definitiva, al margen de los énfasis particulares de cada iniciativa, las principales diferencias entre estos intentos doctrinales de ofrecer una regulación del fenómeno que nos ocupa parecen estribar en: a) la identificación de los *beneficiarios*, que en la propuesta francesa se refieren ampliamente a cualesquiera desplazados ambientales, mientras que en las otras serían estrictamente los desplazados como consecuencia del cambio climático y aun llegando a exigirse el carácter transnacional del desplazamiento; b) el diferente significado de los *derechos* de los desplazados, que de tener un lugar preferente en el caso francés, pasan a ocupar un lugar paulatinamente más secundario en las demás propuestas; y c) la menor importancia concedida a la *financiación* en la propuesta francesa por comparación con las otras, particularmente la holandesa, donde el centro de gravedad se sitúa en la política de desarrollo económico. No se trata de cuestiones ni mucho menos secundarias, aunque permanecen en buena medida en estado que cabría calificar de embrionario bajo la óptica del debate académico, dado que no hay indicios de que ninguna de las citadas propuestas haya generado las preferencias de la comunidad internacional, que permanece más bien impasible ante las mismas.

6. El derecho a la migración ecológica transnacional

Entre las causas determinantes de la no adopción de un tratado internacional sobre refugiados climáticos, cabe destacar la existencia de un importante sector académico, particularmente vinculado a las ciencias geográficas, que manifiesta discrepancias significativas sobre la exclusiva y determinista relación entre cambio climático y migraciones. En tal sentido, ciertamente, cabría considerar que tales planteamientos de rechazo eran imaginables, dado que la tradición en el estudio de las migraciones humanas venía prestando escasa atención a los factores ambientales.²² Sin embargo, no podría dejar de argüirse que también, por su parte, el sector vinculado a los estudios de política ambiental podía sentirse atraído hacia las explicaciones que vinculan decididamente el cambio climático con los movimientos de población.²³

En todo caso, ha de subrayarse que no es tanto la misma relación entre cambio climático y migraciones lo que parece estar en discusión, sino más bien su carácter de exclusividad. Variados factores económicos, sociales y políticos son

22 Véase Piguet *et al.* (2011, 2-4), quienes explican la pérdida del interés por los factores ambientales en los estudios teóricos sobre las migraciones por la confluencia de las siguientes causas: a) la confianza en el progreso tecnológico, que llevaba a reducir la influencia de la naturaleza en la vida humana; b) el rechazo de los fundamentos ambientales de las migraciones por considerarlos de carácter determinista; c) el arraigo del paradigma económico en la teoría de las migraciones; y d) la influencia de la premisa política que vincula los refugiados al autoritarismo estatal.

23 En tal sentido los mismos Piguet *et al.* (2011, 5) destacan que “la visión de refugiados climáticos huyendo de desastres constituye una importante manera de captar la imaginación del público”.



tenidos en cuenta en las decisiones personales relativas a la movilidad. Incluso los mismos impactos del cambio climático serán diferentes en función de las características de las comunidades afectadas y su capacidad de resistencia ante las situaciones adversas.²⁴

En tal contexto, no es de extrañar que haya terminado planteándose la justificación ética de un nuevo marco internacional exclusivamente referido a los desplazados por razón del cambio climático. En efecto, si sucede que muchas personas deben abandonar su residencia por circunstancias ajenas a ellas mismas pero no conectadas al cambio climático, como pueden ser los conflictos o la pobreza, no se comprende qué razón haría tan singulares a los emigrantes climáticos que exigiera un marco multilateral solo para ellos. Además, la identificación de los emigrantes precisamente causados por el cambio climático parece presentar grandes dificultades prácticas, dada la variedad de causas que suelen confluír en los desplazamientos.²⁵

Ahora bien, llegados a este punto ha de reivindicarse el papel de la acción humanitaria para atender directamente al mismo contenido dañoso, al mal producido por el desastre en los seres humanos. Y ello con independencia del origen de la concreta situación catastrófica, que a estos efectos tanto puede ser de origen natural como antrópico.²⁶ Ante eventos irresistibles de fuerza mayor no cabe invocar ni fronteras ni soberanías estatales, habiendo pues de afirmarse un derecho a la migración ecológica transnacional como contenido esencial del derecho humano de libre desplazamiento. Desplazarse para conservar la vida y la integridad ante la catástrofe, traspasando fronteras si es necesario y conservando siempre los derechos inherentes a la dignidad humana en el Estado de destino o recepción, es probablemente la más elemental de las exigencias que ha de garantizar la actuación humanitaria internacional.

Afirmada y aceptada la existencia del anterior derecho a la migración ecológica transnacional, una estimación práctica de su posible desenvolvimiento pone inmediatamente de manifiesto que, con toda probabilidad, los Estados de destino obligados al respeto del derecho serán países en vías de desarrollo.

24 Véase J. McAdam (2012, 1, 5) quien se refiere a la “multicausalidad” de las migraciones relacionadas con el cambio climático, afirmando que “el cambio climático está teniendo impactos reales sobre la vida de la gente, pero en muchos casos es sólo una de las variadas razones por las que la gente decide emigrar”; en consecuencia, “una solución de talla única es inapropiada”, siendo esencial buscar respuestas en los diversos niveles de poder territorial “teniendo en cuenta los deseos de las comunidades afectadas y respondiendo apropiadamente a sus necesidades y problemas”. En todo caso, sobre la relación de las migraciones ambientales con el conjunto de conflictos sociales, étnicos, culturales y territoriales, véanse también: Conin & Lassailly-Jacob (2002, 66) y Egea Jiménez & Suescún (2011, 204-205).

25 Véase con esos argumentos: Wyman (2013, 190-198), aunque la autora complica la cuestión al relacionarla con el fundamento de la responsabilidad de los países desarrollados en materia de cambio climático.

26 El debate científico sobre el alcance de la relación entre cambio climático y migraciones es de gran importancia para orientar adecuadamente las políticas preventivas incluyendo los sistemas de alerta. Sin embargo, resulta indiferente a efectos de diseñar la política humanitaria, que no deriva de una relación lógica, sino de un hecho catastrófico, sea cual sea su origen.

La consecuencia es que fácilmente pueden quedar desbordados al carecer de las infraestructuras y equipamientos precisos para gestionar repentinos o paulatinos procesos migratorios derivados de catástrofes. Ante tal panorama la comunidad internacional no puede inhibirse, debiendo prestar la correspondiente ayuda humanitaria.

Entre los medios que parecen necesarios para organizar adecuadamente la actividad internacional en nuestra materia, habría de destacarse la elaboración de un tratado multilateral. En tal sentido, ha de reconocerse la profunda utilidad de las valiosísimas aportaciones de las Universidades de Limoges, Harvard, Monash y Ámsterdam que previamente hemos intentado resumir.

Bibliografía

ACNUR. (2009). *Desplazamiento forzoso en el contexto del cambio climático: desafíos para los Estados en virtud del Derecho internacional*. En: www.acnur.org.

Bétaille, J. (2010). Des réfugiés écologiques à la protection des déplacés environnementaux éléments du débat juridique en France. *Hommes et Migrations*, 1284, pp. 144-155.

Biermann, F. & Boas, I. (2010). Preparing for a warmer world: towards a global governance system to protect climate refugees. *Global Environmental Politics*, 10(1), pp. 60-88.

Borrás Pentinat, S. (2006). Refugiados ambientales: el nuevo desafío del Derecho internacional del medio ambiente. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 19-2, pp. 85-108.

Colloque International de Limoges sur les Réfugiés Écologiques. (2005). *Actas. Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 4.

Cournil, C. (2006). Les réfugiés écologiques: quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s)? *Revue Droit Public*, 4, pp. 1035-1066.

Cournil, C. & Mazzega, P. (2007). Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques. *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 23-1, pp. 7-34.

Docherty, B. & Giannini, T. (2009). Confronting a rising tide, a proposal for a Convention on climate change refugees. *Harvard Environmental Law Review*, 33-2, pp. 349-403.

Egea Jiménez, C. & Soledad Suescún, J.I. (2011). Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático, un debate abierto. *Cuadernos Geográficos*, 49, pp. 201-215.



El-Hinnawi, E. (1985). *Environmental refugees*. Nairobi: United Nations Environmental Programme.

Farber, D.A. et al. (2013). *Cases and material son Constitutional Law: Themes for the Constitution's third Century*. St Paul, Minnesota: West Group.

Fuentes Contreras, E.H. et al. (2012). Facticidad y constitución: la doctrina del estado de cosas inconstitucional en América Latina. *Athenas. Revista de Direito, Política e Filosofia*, I-2, pp. 49-75.

Gemenne, F. (2011). Why the numbers don't add up: a review of estimates and predictions of people displaced by environmental changes. *Global Environmental Change*, 21, supl. 1, pp. 41-49.

Gonin, P. & Lassailly-Jacob, V. (2002). Les réfugiés de l'environnement. Une nouvelle catégorie de migrants forcés? *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 18-2, pp. 139-160.

Guterres, A. (2008). Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR. En: www.acnur.org.

Hodgkinson, D. et al. (2010). The hour when the ship comes in': a convention for persons displaced by climate change. *Monash University Law Review*, 36-1, pp. 69-117.

IASC. (2006). *Protecting persons affected by natural disasters. IASC operational guide lines on human rights and natural disasters*. Washington: Brookings-Bern Project.

Kolmannskog, V. (2008). Climates of displacement. *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 26-4, pp. 302-320.

Lavieille, J.M. et al. (2012). *Las catastrophes écologiques et le droit: échecs du droit, appels au droit*. Bruxelles: Bruylant.

Magniny, V. (1999). *Les réfugiés de l'environnement, hypothèse juridique à propos une menace écologique*. Thèse Droit Public, Université Paris I.

McAdam, J. (2012). *Climate change, forced migration and International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Morrisey, J. (2012). Rethinking the 'debate on environmental refugees' from 'maximalists and minimalists' to 'proponents and critics'. *Journal of Political Ecology*, 19, pp. 36-49.

Myers, N. & Kent, J. (1995). *Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena*. Washington: Climate Institute.

Ollitrault, S. (2010). De la sauvegarde de la planète à celle des réfugiés climatiques: l'activisme des ONG. *Revue Tiers Monde*, 204, pp. 19-34.

Piguet, E. et al. (eds.). (2011). *Migration and climate change*. Cambridge: Cambridge University Press.

Prieur, M. (2014). Quel statut pour les déplacés environnementaux?. En: A.M. Tournepeiche (dir.), *La protection internationale et européenne des réfugiés. La Convention de Genève de 28 juillet 1951 relative au statut de réfugiés à l'épreuve du temps*. Paris: Pedone, pp. 127-156.

Prieur, Michel et al. (2008). Projet de convention relative au statut International des déplacés environnementaux. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 4, pp. 381-393.

Tiberghien, F. (2008). Réfugiés écologiques ou climatiques: de nombreuses questions juridiques en suspens. *Accueillir*, 246, pp. 17-22.

Tole Martínez, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 15, pp. 253-316.

Wyman, K.M. (2013). Responses to climate migration. *Harvard Environmental Law Review*, 37-1, pp. 167-216.

Desplazamiento forzado por desarrollo en Colombia.

Violencia, conflicto y necesidades de intervención constitucional

*Roberto Carlos Vidal López**

Introducción

El desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo (en adelante DFPD) es un concepto que se ha venido integrando desde hace cincuenta años. El paradigma del desarrollo, estructurado después de la Segunda Guerra Mundial para paliar los efectos del conflicto, se constituyó en una promesa de transformación de las condiciones de existencia de los pueblos, basado en la integración a la economía mundial. Frente a la idea universal de progreso posible, el concepto DFPD muestra la posibilidad de que los procesos de transformación económica lleguen a producir efectos adversos sobre personas y comunidades que pretende redimir. El primer problema que encierra el DFPD como modalidad de violación de derechos es que se encuentran justificados en la ética colectiva. Las víctimas del DFPD aparecen como subproductos de procesos necesarios y deseables de cambio social o, en el peor de los casos, resultan en víctimas invisibles.

Esta disertación se ocupa del conflicto que encierra DFPD en Colombia, entre la protección de los derechos fundamentales de personas y comunidades, respecto del Plan de Desarrollo del Estado. Se propone la necesidad de intervención institucional en este conflicto y en particular, el uso intensivo de las herramientas constitucionales que, a través de la prevalencia de los principios y valores, introduzca criterios de ponderación que permitan proteger a la población frente a las decisiones sobre desarrollo que las excluyen de la participación en la toma de decisiones y con ello admiten la supresión masiva de derechos como costos desapercibidos de la modernización.

* Abogado, PhD en Derecho. Profesor titular y director del Instituto de Estudios Sociales y Culturales de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro del Grupo de Investigación Justicia Social y de la Clínica Jurídica Derecho y Territorio. Vicepresidente de la Asociación Internacional para el Estudio de la Migración Forzada (IASFM).



En este texto comenzaremos haciendo una breve revisión de la categoría internacional del DFPD en sus alcances y contextos de creación. Luego demostraremos la existencia de DFPD en Colombia, íntimamente ligado con el desarrollo del conflicto armado. A continuación propondremos los desafíos que plantea el DFPD para la sociedad, el Estado y el derecho, en medio de los conflictos entre el Plan de Desarrollo y la protección de los derechos fundamentales. Terminaremos desarrollando algunas de las áreas del derecho que deben habilitarse para tramitar estos conflictos, y los desafíos que proponen para la posibilidad de la construcción de la paz en Colombia

El desplazamiento forzado por desarrollo como paradigma de análisis

El desplazamiento y el reasentamiento de poblaciones motivado por proyectos de desarrollo comenzó a utilizarse como una herramienta antropológica para estudiar fenómenos históricos en los países descolonizados durante la Guerra Fría, como Egipto o Ghana. En la década de los sesenta se aplicó por primera vez a reasentamientos por transformaciones urbanas en los Estados Unidos y en los años setenta se aplicó a los efectos permanentes de transformaciones ambientales. En la década de 1980 aparecieron las primeras guías del Banco Mundial referidas al DFPD consecuencia de los proyectos que financiaba (Terminski, 2013, 7).

La terminación de la Guerra Fría abrió el campo de estudios sobre las migraciones forzadas, especialmente aquellas relacionadas con los conflictos armados internos que se generalizaron después de la caída del Bloque Soviético. Estos estudios dieron origen a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, que incluyeron los DFPD (Cernea, 2007).

El término desplazamiento causado por proyectos de desarrollo puede ser entendido de dos formas muy diferentes. Una es la *reubicación*, que implica un proceso de valoración de riesgos seguida de una reubicación planeada, adecuadamente financiada y atendida, con mecanismos de participación y de apoyo social y económico en el lugar de llegada, es decir movimiento acompañado de planeación y control. Cosa distinta es el *desplazamiento forzado por desarrollo* que implica el desalojo de personas o comunidades, sin compensación, garantías o mecanismos de atención social y económica, que conlleva graves violaciones de sus derechos humanos (Terminski, 2013, 13).

Los estudios contemporáneos sobre las principales causas de DFPD han identificado siete posibles causas (Terminski, 2013, 23):

1. Construcción de represas, hidroeléctricas, proyectos de riego y canales.
2. Proyectos de transporte, construcción de carreteras, autopistas, redes.
3. Transformación del espacio urbano.

4. Minería y transporte de recursos, expansión de zonas mineras, especialmente a cielo abierto.
5. Deforestación y expansión de áreas de explotación agrícola.
6. Creación de parques nacionales y reservas para la conservación de la naturaleza.
7. Reestructuraciones dirigidas de la estructura de propiedad agraria.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, que dieron forma jurídica y política al campo, incluyeron el DFPD, aunque le confirieron mayor centralidad al fenómeno de los desplazamientos internos con causa en el conflicto armado (Deng, 1998). Los Principios Rectores definieron a las personas desplazadas como:

Personas o grupos de personas que han sido forzadas u obligadas a huir o a abandonar sus hogares o lugares de residencia habitual, en particular como resultado de o con la finalidad de evitar los efectos del conflicto armado, las situaciones de violencia generalizada, la violación de derechos humanos o los desastres naturales o causados por el hombre, y que no han cruzado una frontera internacional reconocida. (Deng, 1998).

En el principio 6-2 se refieren directamente al DFPD cuando prescriben que: “La prohibición de desplazamiento arbitrario incluye: (...) (c) en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial”. Finalmente, frente a estos casos, en el principio 7-3 establece una serie de garantías necesarias:

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:
 - a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.
 - b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;
 - c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;
 - d) las autoridades competentes tratarán de hacer intervenir a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;
 - e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y
 - f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes. (Deng, 1998)

A pesar de estar regulado en los Principios Rectores, los DFPD han sido invisibilizados por los Estados que apelan a los derechos de soberanía



establecidos en el Derecho Internacional, los cuales les permiten definir las situaciones de interés superior o primordial, con lo cual neutralizan el alcance de su responsabilidad en derechos humanos. Y en el caso de los proyectos adelantados por particulares, los efectos de los proyectos sobre los derechos de las personas o las comunidades quedan opacados por la inaplicabilidad directa del Derecho Internacional de los derechos humanos a los particulares (Pettersson, 2002).

Estas limitaciones de la política internacional dejan a la sombra el DFPD, lo cual contrasta con su creciente relevancia en todos los países del mundo, donde las cifras aumentan constantemente y se estima que cada año se desplazan 15 millones de personas por causa de proyectos de desarrollo. Por otra parte, a pesar de que las causas del desplazamiento forzado por conflicto armado y por desarrollo difieren en su naturaleza, sus efectos sobre la violación de derechos de los desplazados son muy similares en términos de empobrecimiento y restricciones sociales y políticas (Cernea, 2007).

El desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo en Colombia

El desplazamiento interno por la violencia en Colombia surge como categoría jurídica y de análisis social a finales de la década de 1980, dentro del proceso global de estructuración del campo al que ya hemos hecho mención, por el que comenzó a entenderse asociado a las obligaciones de derechos humanos de los Estados, generando unas obligaciones de gestión de la migración forzada interna y la prevención de flujos internacionales de refugiados. El nuevo concepto de desplazamiento interno vino a reemplazar las herramientas de atención de desastres que se habían implementado con anterioridad, y particularmente la categoría de migración campo ciudad que se había utilizado durante la segunda mitad del siglo XX, según la cual los procesos de desarrollo del país orientaban la economía y la sociedad hacia la sustitución de las sociedades agrarias, consideradas como atrasadas, por sociedades urbanas enfocadas en la economía de mercado agraria y la industrialización urbana. De esta manera, la masiva migración forzada que tenía lugar por el desarrollo de los conflictos políticos y económicos surgidos por la disputa sobre las propiedades rurales, se entendió como un subproducto necesario y deseado del desarrollo (Vidal, 2007).

Con la introducción del “desplazamiento interno por la violencia” la atención se fijó en las causas derivadas del conflicto armado interno y la violencia criminal generalizada, excluyendo del análisis las fuertes variables económicas que subyacían al proceso de expulsión interna de población. Y en este sentido en Colombia se reproducía el modelo de colonialismo interno, implementado primero en las metrópolis coloniales y luego en todo el sur poscolonial, donde las nuevas élites en el poder reprodujeron dentro de los Estados liberados, las herramientas de dominio político, económico y social de los colonizadores,

con el pretexto del desarrollo (Calvert, 2001). Ya desde el origen de la república en el siglo XIX se utilizó el concepto de *res nullius*, de territorios vacíos, que permitía desestimar la presencia de indígenas, afros e incluso de campesinos mestizos, con el fin de apropiarlos para proyectos articulados por élites urbanas concentrando la propiedad y manteniendo el control de las ciudades sobre el campo. En la India, Brasil o Ghana las élites en el poder asignaron el destino económico de los territorios y poblaciones desde regímenes centralizados que controlaban el sentido del “interés general” a través de la administración de los sistemas políticos. El desarrollismo de las élites de las nuevas naciones se apoyó en fuertes nacionalismos que justificaban la disposición de los recursos internos para la apropiación particular (Calvert, 2001).

Dentro de ese lenguaje global, en Colombia se adelantaron diversos procesos de colonialismo interno: la minería y las haciendas coloniales fueron reemplazadas por cultivos de exportación que se consolidaron con el café a finales del XIX junto a otros como la explotación esclavista de caucho en el Putumayo a comienzos del siglo XX y los enclaves de banano y petróleo. Los procesos de transformación y apropiación de bienes y personas para los mercados y el “desarrollo” se han hecho en Colombia y en el mundo con altos componentes de violencia. Los mecanismos de expropiación y reubicación se consiguieron mediante el uso de la violencia privada y estatal, que redefinieron la nación colombiana a través de conflictos internos por la apropiación de las tierras y los recursos naturales.

El marco teórico del colonialismo interno permite entender de mejor manera los fuertes vínculos entre violencia y desarrollo en el sur global. Si apelamos a la distinción planteada por Terminski, no se trató entonces de procesos planeados y participativos de reubicación concertada de poblaciones, sino del ejercicio generalizado de la violencia para expulsar poblaciones que quedaban a su suerte en los cinturones de miseria urbanos, luego de haber sido expropiados de sus tierras y de sus organizaciones.

En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente 1991 fue el escenario donde los actores de estos conflictos por el desarrollo articularon sus proyectos políticos y económicos. Junto a las élites tradicionales reunidas en los partidos políticos, emergieron nuevos sujetos sociales como los indígenas y los afros, que consiguieron la protección constitucional de sus territorios, disputando las nociones de desarrollo hasta entonces existentes. Junto a ellos se consolidaron nuevas élites del narcotráfico como complejos actores tanto de la violencia como del desarrollo. El texto constitucional ratificó las garantías de la economía de mercado, ofreció los mecanismos requeridos para una más estrecha integración de la economía a la globalización y una nueva concepción de Estado reducido que daba paso a la iniciativa privada en la prestación de los servicios públicos. Al mismo tiempo se establecían con claridad los derechos fundamentales como garantía de la democracia.



A partir de la Constitución de 1991, junto al sofisticado sistema jurídico e institucional que se creó, el país presenció una nueva ola de colonialismo interno, estimulado en parte por la consolidación de la economía del narcotráfico. La disposición de capitales y las nuevas prioridades de la economía global crearon una ola de proyectos de desarrollo que abandonaron las pretensiones de industrialización para orientarse hacia la producción de materias primas renovables y no renovables: carbón, petróleo, gas, ferroníquel, entre otros minerales. El decaimiento de las economías cafetera y del banano de exportación, serían reemplazadas por los cultivos industriales de caña y palma africana que abrieron las posibilidades de la producción de agrocombustibles (Romero, 2011).

La economía colombiana que se diseñó a partir de 1991, requería la disposición de nuevos recursos tanto naturales como humanos, muchos de los cuales se encontraban al abrigo de la Constitución: territorios étnicos y zonas de manejo especial ambiental. Los procesos de colonialismo interno que se desataron en la búsqueda de los recursos implicaron grandes componentes de violencia, una lucha contra la sociedad por el dominio de los territorios, y al tiempo significaron una guerra contra la Constitución Política: contra el respeto a los derechos fundamentales, contra la democracia participativa, contra la protección de poblaciones especialmente vulnerables (Vidal, 2007).

Entre 1997 y 2014 Colombia ha sido tres veces el país con el mayor número de desplazados internos en el mundo, superando las guerras internacionales de Asia y los conflictos armados internos prolongados en África. El conflicto colombiano se ha descrito como propio de la Guerra Fría tardía, enfrentando comunistas armados contra liberales en control del Estado. A pesar de que todos los países la región presentaron este tipo de confrontaciones desde la década de 1960 con el auge de la Revolución cubana, en la actualidad solo subsiste el conflicto político colombiano, alimentado por el flujo de recursos casi infinito del narcotráfico. Los desplazados internos por la violencia en Colombia, descritos por la Ley 387 de 1997, han alcanzado los 6.000.000 en los últimos quince años (República de Colombia, Unidad de Víctimas).

A partir de los procesos de desmovilización de un sector mayoritario de los grupos paramilitares en el año 2005, la información proveniente de los procesos judiciales permitió confirmar las hipótesis de investigadores colombianos que venía sosteniendo las fuertes relaciones que existían entre el desplazamiento forzado por la violencia y los proyectos de desarrollo económico (Romero, 2011). En el próximo futuro se espera la circulación de información similar proveniente de los procesos de desmovilización de las guerrillas.

Se trataba de constatar unas relaciones más amplias que enmarcaban la crisis humanitaria: la relación entre los grupos armados y los proyectos económicos de apropiación de poblaciones y territorios a través del desplazamiento, el

despojo masivo o la consecución del abandono de los bienes. Ello seguido de procesos jurídicos meticulosamente diseñados que lograban legalizar la maniobra a través de la compra usuraria, o la cesión forzada de bienes (Romero, 2011; Reyes, 2009). Pero junto a ese despojo a mano armada de bienes privados estimado en 2.000.000 de hectáreas (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, 2008), tuvo lugar el proceso de control militar de las poblaciones, la desestructuración de comunidades o su confinamiento y la cooptación tanto de la administración pública como de las rentas del Estado (Romero, 2011). Ya convertidos en autoridad, los grupos armados en colusión con el Estado dispusieron de los territorios étnicos protegidos por la Constitución, de los bienes públicos definidos en la ley y de las zonas de manejo especial, todas ellas para concentrar inmensas extensiones de propiedades privadas (Romero, 2011) (Área de Memoria Histórica, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009).

La violencia y el escenario del conflicto armado de la Guerra Fría, entre liberales y comunistas, entre constitucionalistas y subversivos, sirvió de distractor para que fuerzas económicas, asociadas al Estado nacional, emprendieran proyectos de desarrollo armado a través de economías ilegales como la coca, o economías legales como la palma, la caña, el cacao, la ganadería o la minería (Romero, 2011).

De esta forma, en Colombia se vuelve confusa la línea que divide al desplazamiento forzado por la violencia del desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo, tal como sucede en la mayor parte del sur global (Cernea, 2007). El conflicto armado interno y la degradación de la guerra han sido utilizados recurrentemente hasta el presente como herramientas para la extensión de proyectos diseñados y financiados por el Estado y ejecutados por particulares (Romero, 2011).

Cabe aquí apelar al marco teórico planteado por Terminski. No se trata en manera alguna de procesos planificados de reasentamiento de poblaciones que se ven obligadas a salir de los territorios requeridos por políticas públicas de desarrollo, lo cual ya encierra fuertes contradicciones. Se trata, al contrario, de la expulsión armada de esas poblaciones, abandonadas a su suerte mediante unos sistemas temporales de atención humanitaria de emergencia, a quienes les corresponde sumergirse en los centros urbanos bajo extremas condiciones de vulnerabilidad (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, 2008). De esta manera, los costos del desarrollo son transferidos desde el Estado y los inversionistas a los sectores más vulnerables de la sociedad, asegurando un empobrecimiento que se transmite en varias generaciones (Terminski, 2013).

Descrito el colapso de la distinción entre desplazamiento forzado por la violencia y por proyectos de desarrollo en Colombia, cabe afirmar entonces



que esta modalidad de migración forzada no es nueva en el país. De acuerdo con las modalidades registradas internacionalmente cabe advertir que, por su gravedad y notoriedad, hemos tenido DFPD asociado a:

1. Minería y transporte de recursos. Expansión de zonas mineras, especialmente a cielo abierto.
2. Agricultura industrial y expansión de la frontera agrícola.
3. Construcción de represas, hidroeléctricas, proyectos de riego y canales.
4. Proyectos de transporte, construcción de carreteras, autopistas, redes.
5. Transformación del espacio urbano.
6. Creación de parques nacionales y reservas para la conservación de la naturaleza.

A la luz de las herramientas conceptuales internacionales, cabe advertir que el desplazamiento forzado no está asociado exclusivamente a las actividades ilegales como el narcotráfico o el contrabando. Existe una extensa zona gris de combinación de proyectos legales e ilegales de asociación, como se ha demostrado en el caso de ciertos sectores de la palma de aceite o la minería del oro. Y se hace necesario reconocer que los proyectos de desarrollo legales, Estatales y privados, también pueden producir DFPD, a pesar de que no se visualiza, ni sus efectos se miden (Pettersson, 2002).

Los conflictos entre el Plan de Desarrollo y la protección de los derechos fundamentales de personas y comunidades

En el campo del debate público sobre los planes de desarrollo aparecen patentes las limitaciones del sistema democrático y los efectos restrictivos del lenguaje técnico sobre la participación política. Recientemente, la OECD ha llamado la atención de Colombia sobre los límites de la planeación regional, advirtiendo los graves problemas en el diseño del desarrollo del país desde instancias extremadamente centralizadas (OECD, 2014). A lo que habría que agregar que los proyectos de desarrollo utilizan un lenguaje técnico muy propio para hablar a los actores internacionales de las entidades de fomento y a los privados protagonistas de la inversión, pero limitado para dar cuenta de los proyectos a las poblaciones directamente afectadas.

El Gobierno nacional define los proyectos de desarrollo en instancias técnicas, impermeables al necesario debate político exigido por el derecho internacional de protección a los DFPD (Deng, 1998). Cuando tales proyectos pasan al Plan Nacional de Desarrollo o a los documentos del Consejo de Política Económica y Social se revisten de autoridad jurídica y pasan a materializar las nociones de bien común e interés general. Y así configurada, cualquier contestación local puede ser desestimada por su particularismo.

Como ha señalado Paula Banerjee para el caso indio, los proyectos de desarrollo no victimizan a los sectores privilegiados de la sociedad sino que concentran sus efectos en los más vulnerables que no acceden a los mecanismos políticos de representación en el sistema democrático o carecen de recursos económicos para la representación judicial que les permitiera ejercer resistencia institucional (Banerjee, Ray, Chadhury, Kumar & Anderson, 2005). Sin embargo, las poblaciones se organizan en movimientos sociales, bastante fuertes en Colombia, y utilizan los derechos de asociación y de protesta social para generar espacios de debate sobre el desarrollo en los espacios públicos. Frecuentemente tales manifestaciones de disenso resultan en choques con la Fuerza Pública, y en casos más afortunados en mesas de concertación *ad hoc*, cuyos acuerdos son usualmente incumplidos o cumplidos parcialmente por el Estado, generando nuevos ciclos de protesta (Archila, 2005).

De parte de los agentes tradicionales del desarrollo se encuentra un panorama muy distinto. Los grupos con alto poder económico pueden acceder a la representación política en el legislativo y el ejecutivo, de manera que encuentran amplia receptividad entre los funcionarios públicos con quienes mantienen relaciones de largo tiempo. Por vía de sus recursos económicos y políticos, estos sectores acceden a sofisticados servicios de la comunidad jurídica local, caracterizada por su altísima competencia global.

Los debates sobre el desarrollo y los conflictos que conllevan se realizan en contextos de profunda asimetría entre el Estado, los particulares de los sectores económicos y políticos privilegiados y las personas y comunidades vulnerables. El campo jurídico se utiliza con los más diversos intereses para tramitar estos conflictos, pero se gestiona en condiciones muy desiguales de representación y capacidad de gestión legal y política.

En su texto sobre la justicia, Amartya Sen menciona un mito indio en el que los dioses deciden intervenir en el mundo de los hombres para evitar que la naturaleza obre con sus leyes trágicas, en las que el pez chico se come al pez grande. Explica Sen que la función del derecho como justicia es evitar que la realidad obre con toda su crueldad, introduciendo criterios superiores de equilibrio.

El campo del desarrollo, y el más específico del desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo, requiere una fuerte y decidida intervención de la Corte Constitucional, que restablezca las garantías de los derechos para las poblaciones más vulnerables, con menos representación política y jurídica y, paradójicamente, mayoritarias en Colombia.

Desde el siglo XVII, el Estado moderno en Occidente se dio a la tarea de establecer monopolios sobre el poder político, sobre la fuerza y sobre el derecho. El derecho positivo, como lenguaje privilegiado del Estado, refleja la voluntad



de gobierno y las concepciones de desarrollo fundamentalmente del Estado. El control sobre el interés general, el dominio eminente, la propiedad del subsuelo, la propiedad residual sobre los bienes, el control sobre el espacio aéreo o el espectro electromagnético, la disposición ilimitada sobre los recursos naturales, son todas facetas de la modernidad del Estado (Tarello, 1995). Frente a ese Estado que no para de acrecentar sus poderes, se erige el constitucionalismo como garantía de protección de los derechos de las comunidades y las personas, de minorías y mayorías que no acceden a la deliberación en el Estado mismo.

Las herramientas jurídicas y políticas disponibles para resolver los conflictos subyacentes al desplazamiento por proyectos de desarrollo

Valga reiterar que en el presente es obligatorio reconocer y proteger a las víctimas del DFPCD en Colombia a través de la aplicación directa de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas (Deng, 1998), incorporados al bloque de constitucionalidad desde hace más de diez años por la Corte Constitucional (Vidal, 2007), ya sea en su versión más autónoma como víctimas de los proyectos de desarrollo o como víctimas de la violencia asociadas a dichos proyectos. Ese reconocimiento implica una serie de obligaciones para el Estado en términos de los derechos fundamentales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con los criterios que fueron citados al comienzo de esta intervención, que ponen énfasis en los derechos a la consulta, entre otras cosas (Pettersson, 2002).

Por la misma vía, los desplazados forzados por proyectos de desarrollo deben acceder al sistema general de prevención, atención y soluciones duraderas previsto en la Ley 387 de 1997 y en los desarrollos posteriores derivados de la Ley de Víctimas y Protección de tierras, particularmente los relacionados con la verdad y la reparación de los daños (República de Colombia, 2011).

Los desplazados internos por proyectos de desarrollo así reconocidos sufren los mismos grados de vulnerabilidad y necesidades que los desplazados forzados por la violencia (Cernea, 2007). En tal virtud, deben ser objeto de especial protección constitucional de manera que se privilegie la protección de sus derechos fundamentales sobre la aplicación de las normas que implementan los programas de desarrollo.

Debe tenerse en cuenta además que la gestión del DFPCD requiere de la intervención de todas las áreas del sistema político-jurídico y no exclusivamente del derecho constitucional. La protección de los desplazados y sus derechos fundamentales debe establecerse como un criterio de aplicación del derecho internacional del comercio y las inversiones, del derecho privado, de la actuación de autoridades administrativas y de la Fuerza Pública.

Corresponde a la Corte Constitucional realizar la ponderación de los derechos de los desplazados, potenciales o ya expulsados, respecto de las potestades del Estado para decidir sobre proyectos de desarrollo públicos y privados y para implementarlos. Las herramientas del constitucionalismo contemporáneo, la aplicación de los principios y valores de la constitución, deberá guiar dichos procesos.

Las esperanzas de las poblaciones afectadas están depositadas en el balance político que pueda hacer la Corte Constitucional entre los intereses económicos de los sectores que diseñan el desarrollo, respecto a los sectores desfavorecidos que acumulan las pérdidas de los proyectos y las pagan con la drástica reducción de sus derechos.

Conclusión

El DFPD es el área de mayor expansión de las migraciones forzadas en la actualidad, lo cual reviste una inmensa gravedad. El Derecho Internacional y ciertos debates locales han previsto el reconocimiento del DFPD y han desplegado mecanismos que permitan prevenirlo o, a lo menos, mitigar sus efectos.

Hemos mostrado que en Colombia ha existido el DFPD asociado a los procesos de modernización del Estado y la sociedad. El paradigma del desarrollo ha estado además asociado al uso de la violencia, del Estado y de grupos de particulares. Por esa razón, la línea entre desplazamiento causado por la violencia y el causado por los proyectos de desarrollo tiende a borrarse, no solo en Colombia sino en todo el sur global.

Desde la perspectiva del régimen constitucional hemos explicado que las herramientas técnicas y políticas de definición del desarrollo se utilizan en el contexto de inmensas asimetrías de comprensión, acceso, injerencia y recursos de defensa legal, entre quienes toman las decisiones y las poblaciones que habitan los territorios donde se desarrollan los proyectos. Ello permite que las poblaciones afectadas queden excluidas de la definición del interés general, que luego se les aplica con un efecto disolvente sobre sus reivindicaciones y sus demandas.

En un contexto de profunda conflictividad que tiende permanentemente a desbordar los causes institucionales, la intervención del derecho en general y de la Corte Constitucional en particular resulta urgente. Los mecanismos de prevalencia de los principios y valores de la Constitución que iluminan procesos de ponderación de derechos son ventanas para hacer prevalecer los derechos fundamentales.



Como en todo el planeta, durante los próximos años presenciaremos el sostenido aumento del DFPD que constituirá un desafío muy serio para las sociedades y los Estados. En el caso colombiano, una adecuada ponderación entre las aspiraciones colectivas del desarrollo y el respeto a los derechos de personas y comunidades será una de las condiciones necesarias para la paz.

Bibliografía

Archila, M. (2005). *Idas y venidas. Vueltas y revueltas. Protesta social en Colombia 1958-1990*. Bogotá: ICANH y CINEP.

Área de Memoria Histórica. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2009). *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*. Bogotá: IEPRI, CNRR, Memoria Histórica.

Banerjee, P., Ray Chadhury, S., Kumar, S., & Anderson, A. (2005). *Internal Displacement in South Asia*. British Columbia.

Calvert, P. (2001). Internal Colonisation, Development and Environment. *Third World Quarterly*, 22(1), 51-63.

Cernea, M. (2007). *Development-induced and conflict-induced IDPs: bridging there search divide*. Washington: Brookings Bern Project.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. (2008). *Proceso Nacional de Verificación VI Informe a la Corte Constitucional*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES). (2013). *La crisis humanitaria en Colombia persiste. El Pacífico en disputa. Informe de desplazamiento forzado en 2012*. Bogotá: CODHES.

Coronado, S. (2012). *Impactos de las industrias extractivas en los derechos humanos en Colombia*. Centro de Investigación y Educación Popular. Bogotá: CINEP.

Deng, F. (1998). *Principios rectores de los desplazamientos internos*. E/CN.4/1998/53/Add.2*. Nueva York: Naciones Unidas, Consejo Económico y Social.

Fierro, J. (2012). *Políticas mineras en Colombia*. Bogotá: Instituto para una Sociedad y un Derecho Alternativos.

Garay, L. (2013). *Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Human Rights Everywhere (HREV). (2011). *Diagnóstico sobre la minería en territorios indígenas en Colombia*. Bogotá: HREV.

OECD. (2014). *Territorial Review Colombia*. Nueva York: OECD.

Osorio, F. (1998). El desplazamiento forzado por la violencia. Reflexiones desde la perspectiva del desarrollo local de municipios rurales en Colombia. *Cuadernos de Desarrollo Rural*, 65-82.

Peace Brigades International (PBI). (2011). *Boletín Informativo No. 18. Minería en Colombia ¿A qué precio?* PBI.

Pettersson, B. (2002). Development-induced displacement: internal affair or international human rights issue? *Forced Migration Review* (12), 16-20.

República de Colombia. (2011). *Ley 1448 de 2011*.

Reyes, A. (2009). *Guerreros y campesinos. El despojo de la tierra en Colombia*. Bogotá: Norma.

Romero, M. (2011). *La economía de los paramilitares. Redes de corrupción, negocios y política*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoíris, Random House.

Sánchez, B., & Urueña, R. (2012). *Derechos humanos, desplazamiento forzado e industrias extractivas en Colombia. La incidencia del Derecho Internacional en la construcción de una política pública nacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Sánchez, B., & Urueña, R. (2013). *Derechos humanos, desplazamiento forzado e industrias extractivas en Colombia. La incidencia del Derecho Internacional en la construcción de una política nacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Terminski, B. (2013). *Development-induced displacement and resettlement: theoretical frameworks and current challenges*. En: <https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/8833/Bogumil%20Terminski,%20development-Induced%20Displacement%20and%20Resettlement.%20Theoretical%20frameworks%20and%20current%20challenges.pdf?sequence=1>

Tom, B. (2003). *Latin American Peasants*. London: Frank Cass.

Vargas, F. (2012). Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas. En: L. Garay, *Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza* (pp. 57-88). Bogotá: Contraloría General de la República.

Vidal, R. (2007). *Derecho global y desplazamiento interno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Comentarios al panel sobre desplazamiento por motivos ambientales

*Andrés Celis**

Voy a dividir los comentarios en dos puntos: primero, quiero hacer unas referencias generales sobre desplazamiento forzado por catástrofes generadas por el hombre y el desarrollo; y segundo quisiera, no es fácil, tratar de recoger a partir de las ponencias unos comentarios generales.

1. Desplazamiento forzado

El primer elemento es que el desplazamiento forzado está prohibido, y eso es algo como que se olvida. Está prohibido incluso por el desarrollo y, como lo señalaba Roberto Vidal, hay unas excepciones. La excepción es que ese desplazamiento esté justificado en un interés general y que al hacerlo se cumplan con unas reglas. Si esos dos elementos no se cumplen estamos hablando de desplazamiento forzado.

En cuanto a la prevención y protección frente al desplazamiento forzado la respuesta es relativamente fácil en términos teóricos, en casos de violencia generalizada y conflicto armado, incluso en desastres naturales. Pero la prevención de desplazamiento por intervención de modelos de desarrollo, por la intervención del hombre así como el alcance de soluciones no es tan sencillo de abordar. Y aquí el punto es cómo evaluar el grado de desplazamiento forzado cuando hay una imposición para las comunidades frente a ese interés general, que es uno de los puntos que Roberto Vidal reitera permanentemente en su intervención.

* Coordinador de protección de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Ha trabajado en Colombia por los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento forzado por muchos años con la Defensoría del Pueblo, en el Departamento Nacional de Planeación y actualmente en la oficina de ACNUR.



Se ha tomado una decisión por las comunidades del interés en infraestructura vial o energética, se le ha notificado que en su territorio se va usar el subsuelo y que no puede permanecer en él, o se ha modificado el entorno y se han desarrollado una serie de medidas que incentivan una transformación del modelo productivo sin su participación. Y que el modelo productivo que tienen algunas comunidades no puede subsistir en ese escenario, y son vistos como costos naturales de esa aspiración de desarrollo. Pero esos costos naturales, cuando ya se ubican en su decisión individual o colectiva, están generándoles un impacto, que está amenazando su derecho y que les genera una vulnerabilidad para defender el mismo.

¿Cuál sería entonces un modelo de prevención de desplazamiento generado por estas causas? Si pensáramos en un sistema de alertas para el modelo de gestión de riegos, ¿cuáles serían los indicadores que ubicaríamos? ¿Cómo diferenciar ese interés superior que no está construido para privilegiar intereses privados, con un favorecimiento desde la sociedad a otros sectores de sociedad y el Estado? Cuando incluso en los procesos de participación, como modelos de consulta previa, lo que encontramos es una serie de prácticas que instrumentalizan las formas de hacer legal lo que en últimas resulta ilegítimo para las comunidades. Mecanismos que generan vicios de consentimiento y que han sido reconocidos en la Ley 1448, en su artículo 77, cuando identifica qué significa despojo o cuando han sido identificados en las sentencias que nos señalaba el magistrado Guerrero o en el auto 004 y 005 frente a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, en el seguimiento a la sentencia T-025 de 2004.

Hay intimidación, hay cooptación de comunidades, hay fractura y establecimiento de mayorías dentro de los instrumentos decisorios de las comunidades, hay agotamiento frente a ellas, hay incluso nuevas formas de violencia que el sistema de alertas tempranas empieza reflejar como destrucción de cosechas que no solo se presenta en Colombia, como movimiento de cercas, incendio de las mismas o la generación de dependencia económica para que no haya ninguna fórmula de no acogerse a esa transformación del desarrollo.

Un elemento muy difícil de abordar es cómo diferenciar los escenarios, cuando entran y pueden conjugarse cuatro distintos: desplazamiento por conflicto armado interno, por violencia generalizada, por desastres naturales y por desarrollo. Esa visión en esos cuatro escenarios que planteó claramente en su intervención Roberto Vidal, aparece incluso en las decisiones de la Corte Constitucional señaladas por el magistrado Guerrero. Lo que no es aceptable es que se usen la violencia o el conflicto o el desastre natural para acelerar las transformaciones aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de comunidades afectadas por esa realidad.

Creo que el punto en últimas es cuándo debe intervenir el Estado, cuándo intervenir la justicia y qué es lo que se está protegiendo. Entonces aparece,

y eso es común, lo voy a retomar más adelante: ¿se está protegiendo frente a la violencia?, ¿se está protegiendo frente a aprovechamientos ilegítimos de terceros, que están actuando en ese escenario de violencia o en esa presión generada por las transformaciones de los modelos productivos y de desarrollo en los territorios?, ¿se está protegiendo frente a la estigmatización?, y recuerdo cómo se ha calificado en el país a quienes defienden las movilizaciones sociales u otro tipo de expresiones sociales una posición distinta, que son calificados como enemigos del desarrollo. Recuerdo el caso particular de la doble calzada Buga-Buenaventura. ¿Se está protegiendo la cultura? Los mecanismos para abordar la respuesta pasan por transparencia, información suficiente, garantías suficientes de participación y, en las soluciones, por cómo lograr participación suficiente y entender que con excepción, con una gran excepción como el caso Guatavita que nos explicaba Roberto Vidal, la mayoría de procesos de reubicación generan grandes conflictos dentro de las comunidades y frente a esas comunidades y frente a quienes los están recibiendo. Y cómo abordar en esas soluciones una participación justa de los beneficios, creo que era un punto que señalaba el profesor López Ramón.

2. Comentarios generales sobre las ponencias

La discusión sobre desplazamiento forzado por desarrollo no es nueva, no es solo colombiana, ha existido todo el tiempo y se presenta en diferentes contextos. Tiene impactos múltiples que se reflejan en diferentes sujetos y también dependiendo de la relación con los territorios, de la relación entre las personas afectadas y su territorio. Y algo que señalaba el magistrado Guerrero se presenta en el tiempo, y la reacción del Estado al parecer se queda en una primera etapa, pero hay impactos diferenciados a mediano y largo plazo porque no logran, como lo señalaba en algunos de los ejemplos, generar sostenibilidad para las comunidades que terminan, a la vuelta de algunos años, desplazándose.

Es invisible, responde a intereses que mutan en el tiempo, que no solo es una discusión de minería o una discusión rural exclusivamente, es urbana y rural como nos señalaba Roberto Vidal, o puede ser una discusión de industria o una discusión minero-energética o una de desarrollo rural como lo señalaron los diferentes ejemplos.

En muchos contextos, no solo el colombiano pero agudizado en el colombiano tiene una relación directa con la violencia y una de las causas o uno de los objetivos de la expropiación de la población. Se identifica una respuesta de Estado, y el caso más interesante de los que recogía de la exposición es el de la Constitución del 91. Y lo plantea Roberto Vidal como ese conflicto contra la Constitución porque los mecanismos de protección en la Constitución del 91 de territorios étnicos y luego en la Ley 160 de territorios campesinos chocan con las presiones de quienes no están de acuerdo con esos modelos de protección. Una dificultad en la identificación de priorización de intereses de la sociedad,



cómo definir ese interés superior sin participación de la población y sin la posibilidad de opinar si están o no de acuerdo con ese interés superior que genera conflictos sociales, ausencia de rutas. Ahí el dilema es si la ruta es vía justa constitucional, cómo se debate el desarrollo en el país y qué termina entonces resolviéndose vía orden público.

En las ponencias es claro que lo que se está buscando es prevenir la regulación como un mecanismo adecuado de prevención del impacto de las intervenciones en desarrollo, mitigar impactos, proteger a las personas frente a la explotación, la violencia y la protección de la cultura. Un mecanismo importante es la participación a través de la consulta con información suficiente y con diferentes sujetos y no solamente identificando a los sujetos colectivos, pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, como los únicos que deberían ser objeto de consulta.

Y en el otro ámbito, la reparación: cómo compensar los daños causados. La respuesta a través de política la plantea el profesor López Ramón desde el punto de vista ambiental, pero no exclusivo, lo que llama la atención es sobre la necesidad de una coherencia. Sobre esto recojo el principio de coherencia de la sentencia T-025, entre los objetivos y fines del Estado y cómo todas las políticas públicas se logran entrelazar en un objetivo común, claro objetivo de desarrollo, pero al mismo tiempo un objetivo de igualdad, de protección y de no generación de riesgo. Se habla de la gestión de riesgo y algo que de pronto quedó perdido pero es la anticipación, que señaló el profesor López Ramón; lo que hay es un cambio en prioridades de desarrollo, mecanismos de desarrollo, intensificación tecnológica que genera unos impactos sobre la sociedad.

Recojo, no sé si bien, que hay constantes transformaciones, y la pregunta es: ¿cómo responder desde el Estado y la sociedad a esas transformaciones sin afectar los derechos de población?, ¿cómo anticiparse a eso? En esa anticipación aparece la gestión del ordenamiento del territorio, al cual le sumamos los mecanismos de ordenamiento industrial, del desarrollo rural con mecanismos en los cuales se requiere la intervención de diferentes instituciones. La pregunta es cuál es la unidad eficiente en términos de esa planeación: es la región, es la nación o es el municipio. La invitación que se hizo es a un ámbito un poco mayor que el municipio, sin desconocer su importancia, buscar un punto eficiente en el cual se logra hacer compatible la vocación del territorio con las oportunidades de desarrollo. En lo que reitera Roberto Vidal con un nivel adecuado de descentralización en la toma de estas decisiones.

Qué mecanismos de protección aplicar, sigue siendo la duda. Cómo identificar la responsabilidad de todos los actores que intervienen, incluida la responsabilidad de quienes se benefician a través de la actividad empresarial en las transformaciones que se están generando. Cómo garantizar, en cuanto mecanismo, la posibilidad de expresar una opción distinta. Este es el gran dilema

que se ha tenido en el país: cómo ponernos de acuerdo frente al mecanismo que permite alcanzar una visión común de desarrollo sin que se castigue la posición contraria a través de la violencia o a través de la imposición.

Se ve en esa realidad la necesidad de una intervención de la justicia constitucional, y se ha visto tanto que ya hay decisiones de justicia constitucional al respecto. Aparece una apuesta en términos de cuándo se debe intervenir, primero, cuando hay una catástrofe, es decir, que hay un daño que genera un impacto a un número significativo de personas a quienes calificamos como víctimas, que además hay daños frente a bienes esenciales para la subsistencia o infraestructura esencial para ello; segundo, cuando no se han respetado esas normas que justifican el desplazamiento no se han respetado los criterios de participación y las garantías para ello o, como lo señalaba Roberto Vidal, cuando existen objetivamente grandes asimetrías en la forma como se da esa participación. No obstante la importancia de la justicia constitucional pareciera que su alcance es limitado porque no alcanza a intervenir *ex ante*, siempre tendría una respuesta posterior. Lo importante, como lo señaló el magistrado Guerrero, es que esa respuesta posterior permite regular conflictos futuros y prevenir impactos no deseados sobre la población, con un dialogo muy interesante entre sectores de la sociedad y la justicia constitucional, en donde aprovecha las herramientas que le da la justicia constitucional para identificar cómo y cuándo intervenir.

Como punto final retomo el elemento que señalaba Roberto Vidal con relación a cómo, desde la justicia constitucional, se pueden establecer garantías suficientes para superar las asimetrías. Toda esta discusión, y vuelvo a mi cosecha, es en dónde podemos aplicar esto, todos estos marcos regulatorios y esta transformación, con los niveles de gobernabilidad que existen en zonas en donde se concentra la explotación y creo que ese sigue siendo el dilema: dónde poder aplicar y dónde promover modelos de desarrollo que no generen incentivos para que terceros se terminen aprovechando de la debilidad de la presencia efectiva del Estado y de la vulnerabilidad de las comunidades.

Muchas gracias.





Panel V

Minería
y áreas protegidas

Constitución, industrias extractivas y territorios

Rodrigo Uprimny Yepes* y Nathalia Sandoval Rojas**

La actividad de las industrias extractivas¹ en las Américas y en Colombia ha aumentado de forma importante. Por ejemplo, la participación del sector de la minería y de los hidrocarburos en el país pasó de representar el 2% del producto interno bruto (PIB) a finales de los años setenta, a constituir aproximadamente el 8% del PIB en los últimos cinco años (Clavijo *et al.*, 2012). Por su parte, mientras que en el 2002 las exportaciones mineras representaban un 12,7% del total del valor de las exportaciones nacionales, en el 2009 este porcentaje prácticamente se duplicó, ascendiendo al 24,8% (Ministerio de Minas, 2010). Y si no se incluyen dentro del sector minero los hidrocarburos, la participación en el PIB de estas exportaciones llegó casi al 60% en 2014 (DANE, 2015).

El incremento de esta actividad ha significado el surgimiento de nuevas relaciones entre la industria extractiva y los territorios en donde yacen los recursos, al tiempo que ha implicado la aparición de nuevos desafíos constitucionales. En efecto, existe una expectativa fundada según la cual la Constitución de 1991 –y la Corte Constitucional– pueden responder a las implicaciones sociales,

* Rodrigo Uprimny Yepes es director de Dejusticia y profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Es abogado, magister en Sociología Jurídica de la Universidad de París II y un DEA (magister) en Socioeconomía del desarrollo de la Universidad de París I (IEDES). Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie.

** Nathalia Sandoval Rojas es investigadora de Dejusticia, donde coordina el área de litigio estratégico, y docente universitaria. Es abogada, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y magister en Ciencia Política de la Universidad de los Andes.

1 Optamos por emplear el término genérico “industrias extractivas” para referirnos a todas las actividades económicas relativas a la minería, a la extracción de hidrocarburos y a otro tipo recursos que se obtienen de la tierra, especialmente del subsuelo. Reconocemos que existen diferencias importantes entre estas actividades. Por ello existe una discusión en torno a si ellas están reguladas bajo el mismo régimen y si debe dárseles el mismo tratamiento en los asuntos de política pública. Sin embargo, para efectos de las discusiones constitucionales las similitudes entre ellas son mayores que sus diferencias.



ambientales, económicas y de derechos humanos que tiene el hecho de que la industria extractiva ingrese a nuevas comunidades y territorios, o los involucre a gran escala.

El presente texto busca introducir algunos elementos clave para abordar el estudio de estos nuevos problemas constitucionales. Para ello, dividimos la exposición en tres partes: Primera, exploramos cuáles son las posibles fuentes de impacto de las industrias extractivas, especialmente de la minería, en los territorios. Segunda, estudiamos cuatro desafíos constitucionales que plantean estas relaciones entre extracción y territorios. Finalmente, en la última parte discutimos hacia dónde creemos que deben dirigirse las líneas de trabajo y el debate público para resolver los desafíos que surgen a propósito del crecimiento de la industria extractiva.

1. Impacto de las industrias extractivas en los territorios

Antes de plantear cualquier debate constitucional sobre el tema que hemos propuesto, debemos empezar por resolver el siguiente interrogante: ¿qué tiene que ver la industria extractiva con los territorios, si esta industria tiene como objeto principal la explotación de los recursos del subsuelo y no, de los recursos del suelo? Aunque hoy sea posible diferenciar legalmente el régimen jurídico de la tierra del régimen del subsuelo, existen por lo menos tres argumentos de orden empírico que permiten corroborar que la industria extractiva tiene un profundo impacto en los territorios, y que la discusión sobre el suelo es inseparable del debate sobre la industria extractiva.

El primero tiene que ver con la necesidad de intervenir el suelo para extraer cualquier cosa que esté debajo de él. Todavía no se han inventado formas de explotar recursos del subsuelo sin intervenir de algún modo el suelo. Entonces, no es posible sostener que se va a hacer minería o extracción de hidrocarburos sin afectar de forma significativa el suelo. Toda la actividad de la industria extractiva implica una afectación en mayor o menor medida de los territorios. En consecuencia, una expansión de la producción de materiales obtenidos del subsuelo para esta industria exigirá, en todos los casos, un aumento en la intervención de estas empresas en los territorios.

La segunda razón tiene que ver con los residuos contaminantes que deja la explotación de minas e hidrocarburos. Las técnicas de explotación minera, en todos los casos y con variantes distintas, comparten dos elementos: el uso masivo de agua que impacta en la calidad de agua disponible, y un potencial contaminante de otros recursos por voladuras. En cuanto al uso del agua, los estudios advierten que se requieren aproximadamente 477 litros de agua para producir un gramo de oro (Mudd, 2007), mientras que otros productos cuya producción necesita mucha agua, como el café tostado o la carne vacuna,

gastan aproximadamente 17 litros de agua por gramo producido (Cabrera y Fierro, 2013).

Lo mismo ocurre con el carbón. Cabrera y Fierro (2013) señalan como ejemplo que el proyecto de expansión de El Cerrejón exige el empleo de más de 17.000 m³ de agua al día para la aspersión y carga del carbón. Esto equivale, según dicha autoría, al consumo de agua de aproximadamente dos millones de personas al día. Cabe añadir a ellos que no toda esta agua que se requiere para el procesamiento de los productos extraídos es o puede ser reciclada.

Pero el impacto de la industria extractiva en el agua de los territorios no se limita a las ingentes cantidades que demanda esta actividad. Esta industria también amenaza la calidad del agua que se consume en el territorio después de que se realiza la explotación minera o de hidrocarburos. En efecto, la explotación de minerales produce desechos de rocas, aceites y productos químicos, cuyos componentes generan contaminación al ser expuestos al aire y modifican las condiciones de las rocas por las que transitan las aguas subterráneas, convirtiéndolas en aguas contaminadas (Moran, 2013).

La tercera razón por la que puede sostenerse que las industrias extractivas generan un impacto sobre los territorios es, si se quiere, más económica por sus profundos efectos sobre las dinámicas de acumulación. Tal como lo constató la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014, la minería implica alteraciones de las dinámicas productivas en las localidades y en los territorios. Por una parte, la industria extractiva tiene que entrar a competir con las actividades agrícolas por el uso del suelo, y ello altera profundamente la economía local (Rudas Lleras y Espitia Zamora, 2013). Por otra parte, la dinámica extractiva tiene impactos significativos macroeconómicos para cualquier país, por cuanto implica una masiva llegada de divisas, que supone oportunidades de desarrollo, pero también riesgos de distorsiones sectoriales, por la llamada “enfermedad holandesa”. En efecto, un ingreso fuerte de divisas por exportaciones mineras tiende a generar una apreciación de la moneda nacional, lo cual disminuye la competitividad externa de sectores como el industrial o el agropecuario (Corden, 1984; Botta *et al.*, 2014). Esto puede tener no solo efectos negativos sobre el desarrollo nacional, sino también cambios profundos en las dinámicas económicas regionales y territoriales.

De este modo, cuando se habla de la expansión de la industria extractiva en Colombia, no puede obviarse o minimizarse el hecho de que ella genera impactos importantes en los territorios. La profundidad de los impactos de la industria extractiva sobre los territorios justifica que se verifique si estas nuevas relaciones entre empresas y tierras se ajustan a la Constitución, a sus principios y a su jurisprudencia.



2. Desafíos constitucionales de la transformación en las relaciones entre industrias extractivas y territorios

Los impactos que tiene la industria extractiva sobre los territorios por la necesidad de intervenir el suelo plantean diversos problemas y tensiones constitucionales. Algunos de estos problemas ya han sido abordados por la Corte Constitucional, como lo hizo por ejemplo en la sentencia C-123 de 2014 sobre la participación de los entes territoriales en las decisiones sobre el subsuelo. Sin embargo, muchos de esos problemas apenas empiezan a vislumbrarse; son verdaderos desafíos constitucionales.

Existen por lo menos cuatro de estos asuntos que deben resolverse, a propósito de las tensiones sobre la transformación en las relaciones entre industrias extractivas y los territorios: Primero, una tensión entre lo global y lo nacional, que plantea un desafío de la regulación del impacto de la minería en los territorios, y que escapa el ámbito tradicional de los Estados nacionales. Segundo, un desafío político-cultural que surge por la prevalencia de un único concepto de desarrollo ligado al avance de las industrias extractivas. Tercero, un desafío ecológico que plantea inquietudes sobre las nuevas relaciones entre economía, sociedad y naturaleza. Y cuarto, una tensión entre lo nacional y lo local que plantea un desafío democrático, derivado de las exigencias de participación de quienes tienen una relación más cercana con los territorios, por ejemplo, los entes territoriales o las comunidades étnicas.

2.1 Desafío regulatorio

Una de las dimensiones de la relación entre territorios e industrias extractivas que concierne a la Constitución tiene que ver con la capacidad de regulación de la industria extractiva. El alcance de las disposiciones contenidas en la Carta Política que sirven como límite y control frente a los diferentes impactos producidos por la industria extractiva en los territorios está atado estrechamente a los contornos y dinámicas del Estado Nación. No obstante, la dinámica extractiva no es un asunto cuya legislación y control responda exclusivamente a las leyes nacionales. Por el contrario, se trata de una dinámica fuertemente condicionada por las transformaciones de la economía a escala global (Garay, 2014).

Por supuesto, podría decirse que esto se predica de buena parte de la actividad industrial (Wallerstein, 1980). Sin embargo, en las actividades extractivas se intensifican varios de esos problemas, debido a que esa industria depende directamente de la movilidad del capital internacional y de las inversiones internacionales, y porque se sabe que esta actividad tiene consecuencias sobre fenómenos mundiales como el calentamiento global. Por tanto, la consideración de las dinámicas globales de la industria extractiva es crucial.

En este contexto, la relación de la industria extractiva con los territorios plantea varios problemas de regulación. El marco regulativo actual debería responder: ¿cómo deben distribuirse los beneficios y, sobre todo, los costos de la industria extractiva?, ¿cómo se deben repartir la renta minera y los costos ambientales de las explotaciones mineras entre los países del norte (que lideran las extracciones) y los países del sur global? Sin embargo, las normas no tienen una respuesta sobre este asunto.

Tal como lo muestra el profesor Garay (2013), las actividades extractivas generan problemas o riesgos ambientales en los que las responsabilidades son asignadas de forma dispar. De una parte, países como Estados Unidos y otros países en Europa producen casi el 70% del total de emisiones de CO₂ y de otros materiales contaminantes. Pese a ello, los efectos globales de esta contaminación son más negativos en el resto de países, pues ellos disponen de menos recursos tecnológicos y financieros para enfrentar drásticos cambios ambientales.

De otra parte, la asignación de responsabilidades es dispar porque, si bien las actividades extractivas actuales están causando impacto en los territorios, son las generaciones próximas las que deberán enfrentar el deterioro ambiental y todas las demás consecuencias de estas actividades industriales. Actualmente existe certeza sobre el tipo de efectos que se causan sobre los territorios, pero no existe suficiente información sobre su magnitud en los siguientes años. Solo las generaciones próximas tendrán certezas sobre el grado de deterioro ambiental que han causado las acciones presentes.

Así las cosas, los mecanismos nacionales no son suficientes para hacer frente a la repartición desigual de los costos de las actividades extractivas territorial y temporalmente. Por esta razón, Garay (2013), siguiendo a otros autores reconocidos sobre el tema, ha propuesto la creación de una justicia ambiental transnacional. Esta instancia de justicia tendría el doble propósito de enjuiciar a los Estados, cuando no cumplan sus obligaciones de garantizar una mejor distribución de los costos de la industria extractiva y de exigir la compensación o la reparación de afectaciones ya causadas.

Esta noción es compatible con la idea de un constitucionalismo cosmopolita. Esta concepción se basa en la idea de desarrollar un sistema de garantías basado en los principales tratados de derechos humanos, y con unos compromisos básicos: un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas; un contrato global para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas; un contrato sobre el desarrollo sostenible, y un contrato global democrático (Pisarello, 2000). Aunque ambas son vías interesantes para abordar estos nuevos problemas regulatorios, ninguna de ellas ha sido implementada y el estudio de su viabilidad escapa a las pretensiones de este texto. Aún así, es posible plantear un principio jurídico internacional y otro nacional que concretan estas dos ideas de justicia



ambiental transnacional y constitucionalismo cosmopolita, y que hoy tienen bases jurídicas sólidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en nuestro derecho constitucional.

El primero tiene que ver con las llamadas obligaciones extraterritoriales de los Estados en derechos humanos, que es un campo actual de desarrollo dinámico del derecho internacional. La tesis central de este principio es que los Estados no solo tienen obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos en sus territorios nacionales, sino que en ciertos casos tienen igualmente obligaciones en esta materia fuera de sus territorios²; por ejemplo, cuando ejercen autoridad o efectivo control de otros territorios, o cuando sus actos u omisiones tienen efectos previsibles en el goce de los derechos humanos en otros territorios.

Un ejemplo de estas situaciones tiene que ver con los débiles estándares que respetan las empresas provenientes de los países del norte global cuando hacen explotaciones mineras en países del sur global, como sucede con las empresas de origen canadiense. Las regalías de la actividad extractiva en Canadá oscilan entre el 2,5 y el 17,5% dependiendo del territorio. En contraste, en Colombia la legislación prevé tasas mucho más bajas de regalías que implican una menor tributación: 4% para oro, 10% para carbón y 12% para níquel (Rudas y Espitia, 2013).

El Gobierno de Canadá apoya la actividad de sus empresas mineras y de exploración nacionales en América Latina y en Colombia a través de agencias tales como Export Development Canada, el Consejo de Inversión del Plan de Pensión de Canadá y el Canadian International Development Agency, así como mediante la creación de tratados de libre inversión con los países en los que se realizan las actividades mineras. Sin embargo, cuando las organizaciones de la sociedad civil y los Gobiernos locales informan al Gobierno de Canadá sobre posibles violaciones de derechos humanos, este no retira su apoyo político y financiero a los proyectos y hace muy poco para garantizar el respeto de los derechos humanos en el marco de los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el tratado, pues todas estas actuaciones se desarrollan fuera del territorio canadiense (Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, 2013).

¿Qué responsabilidad tiene un Estado como el canadiense, cuando una compañía cuya matriz está en su territorio, desarrolla explotaciones en otros Estados violando los estándares de protección de derechos humanos y de derechos ambientales? ¿Tiene una responsabilidad en derechos humanos o en derechos constitucionales?

2 Los llamados Principios de Maastricht sobre obligaciones extraterritoriales, que fueron adoptados por un muy respetable grupo de académicos en esa ciudad en 2011, buscan sintetizar el contenido y alcance de esas obligaciones extraterritoriales. Una presentación y comentario de esos principios en: ETO, 2013.

Conforme a este principio, los Estados sí tienen responsabilidad por la violación de los derechos vulnerados fuera de su territorio, en los casos en los que esa violación pueda serles imputable. Esto se explica porque los actos u omisiones de un Estado fuerte generan un impacto significativo en el disfrute de los derechos humanos fuera de sus límites territoriales. Concretamente, las conductas que asuma ese Estado frente a las empresas cuya matriz está en su territorio funcionan como incentivos o restricciones para que ellas actúen conforme a ciertos parámetros de derechos humanos en los lugares en donde realizan sus operaciones.

En esta dirección, son especialmente relevantes los principios guía fijados por John Ruggie (2011), Representante Especial ante el Secretario General de las Naciones Unidas, sobre el asunto de los derechos humanos y las corporaciones transnacionales y otras empresas. Estos principios deben servir de orientación para que los Estados tomen conciencia de que el cumplimiento pleno de sus obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos pasa por reconocer que no existe una restricción territorial para que los Estados exijan determinado comportamiento a las empresas nacionales que operen en otros territorios. Las organizaciones de la sociedad civil han hecho un trabajo importante para exigir la aplicación e incorporación de estos principios en los ordenamientos jurídicos internos (Andia y Rodríguez Garavito, 2014). Sin embargo, aún es necesario avanzar más hacia la exigibilidad de las obligaciones extraterritoriales de los Estados en derechos humanos.

El segundo principio que concreta este desafío regulatorio tiene que ver con la forma de resolver la colisión constitucional que se presenta en los conflictos que surgen con el ejercicio de las industrias extractivas. Por una parte, la movilidad del capital internacional comporta la aplicación de normas y mecanismos de resolución de conflictos que garanticen de forma fácil y privada un eficiente tráfico jurídico, aun sacrificando otros valores y principios relativos al interés general. Por otra parte, la Constitución Ecológica³ y los derechos humanos exigen la protección preferente de los derechos frente a las exigencias de la inversión. ¿Qué grupo de principios debe prevalecer en el ordenamiento jurídico colombiano?

En la sentencia C-293 de 2002, la Corte Constitucional dijo que:

Una discusión jurídica en materia ambiental sobre cuáles derechos prevalecen, la resuelve la propia Constitución al reconocer la prevalencia del interés general (art. 1 C.P.), al limitar varios derechos en función de la protección debida al medio ambiente, los recursos naturales o la ecología, al

3 La Corte Constitucional ha resaltado que la Constitución de 1991 no solo incluye algunas cláusulas protectoras del ambiente. La protección del ambiente sano constituye uno de los ejes centrales de la Constitución, y muestra de ello es que múltiples artículos se orientan hacia la protección del medio ambiente. Al respecto pueden consultarse muchas providencias; entre ellas, están las sentencias T-608 de 2011, C-595 de 2010, T-760 de 2007, C-126 de 1998 y C-411 de 1992.



asignarle al Estado funciones de prevención y control del deterioro ambiental y al radicar en cabeza de los particulares el deber de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano, conforme lo establece el artículo 95-8 de la Carta Política.⁴

Sin embargo, no en todos los temas la Corte ha encontrado la fórmula adecuada para hacer efectiva esta premisa normativa y, al contrario, ha terminado dando prevalencia a las exigencias económicas y al interés particular. Esto se hace evidente en las sentencias de control de los tratados de inversión y de libre comercio⁵. Estos tratados traen una cláusula compromisoria según la cual, si hay un conflicto, por ejemplo, de una empresa minera nacional del país con el que se firma el tratado y el Estado colombiano, ese conflicto no es resuelto por los jueces sino por tribunales de arbitramento internacional. La Corte ha avalado esta forma de resolución de conflictos, sin mencionar ni considerar el detrimento que ello representa para la exigibilidad de los derechos humanos afectados a propósito de este tipo de empresas o de este tipo de conflictos. De este modo, más allá del aval a la idea de libre comercio, se ha producido una jurisprudencia que ampara la desnacionalización profunda de la resolución de disputas de los conflictos de inversión.

Para proteger los derechos humanos y los principios de la Constitución Ecológica, la Corte Constitucional debería exigir la introducción de cláusulas en los tratados de libre comercio que permitan a los individuos y organizaciones nacionales exigir sus derechos constitucionales. Además, la sociedad civil debería exigir al Estado el diseño de mecanismos para que los órganos y las normas de arbitraje internacional de inversiones sean sensibles a los derechos humanos y a las regulaciones ambientales. De este modo, se aplicaría de manera más coherente la regla de la Corte según la cual debe dársele prevalencia a la protección del ambiente en los conflictos de derechos.

2.2 Desafío ecológico

La industria extractiva, en general, y la minería, en particular, alteran profundamente la relación entre economía, sociedad y naturaleza. El auge de este sector de la economía tiene potenciales impactos ambientales profundos en los territorios, y eso también plantea problemas constitucionales. Pero en este caso, el desafío no tiene origen en la ausencia de regulación o de principios

4 Sentencia C-793 de 2010.

5 Por ejemplo, en la sentencia C-608 de 2010 se examinó el tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá; en la sentencia C-941 de 2010 se declaró la constitucionalidad del tratado con la Unión Europea, y en la sentencia C-750 de 2008 se estudió el tratado de libre comercio con Estados Unidos. Sobre este tema, conviene también estudiar la sentencia C-280 de 2014 sobre la aplicación provisional de un acuerdo comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra.

jurídicos vinculantes, sino en la fuerza que pueda dárseles a estas normas y los nuevos balances que generan entre economía y naturaleza⁶.

El ejemplo más claro de este desafío es la aplicación del principio de precaución. De acuerdo con este principio, cuando desde el punto de vista científico se sustenta de forma razonable que una actividad desencadenará un daño ambiental inaceptable, no se requiere total certeza sobre la magnitud y tipo de daños para adoptar medidas eficaces que impidan la degradación del ambiente. La sola sustentación razonable de potenciales riesgos exige la adopción de medidas de protección anticipada del medio ambiente, pues esos riesgos son inaceptables política y éticamente.

El principio de precaución tiene una consecuencia adicional y es que exige la inversión de la carga de la prueba. Corresponde a la empresa que pretende adelantar la actividad extractiva demostrar que su actividad económica no generará ningún tipo de daño grave e irreversible. No es que quien quiera prohibir la actividad tenga que probar exactamente cómo se va a producir el daño y qué probabilidad tiene, sino que quien quiere desarrollar la actividad tiene que probar que el daño es inocuo.

La adopción de medidas previas al daño y la inversión de la carga de la prueba como consecuencia del principio de precaución generan polémicas amplias, porque están basadas en la incertidumbre. De un lado, algunos de sus críticos señalan que solo se trata de un análisis costo-beneficio previo a la adopción de determinada medida y, por lo tanto, no implica ninguna novedad. No obstante, debido a que los riesgos que se toman en cuenta no pueden ser valorados de forma exacta, algunos de ellos no son calculables económicamente, como la diversidad cultural o biológica, y también debe considerarse para la toma de medidas de precaución la distribución equitativa de cargas sociales; entonces, no se trata de una simple versión de un estudio costo-beneficio. De otro lado, a pesar de que algunos temen que se trate de un principio más basado en argumentos ideológicos y emocionales que en razones técnicas, lo cierto es que para que este principio sea activado se requiere un fundamento basado en el conocimiento de los potenciales daños que, a pesar de que no se conozcan con exactitud, sí son científicamente plausibles (Uprimny y Orduz, 2012).

La precaución es un principio cuyo carácter vinculante no está totalmente consolidado en el ámbito internacional, y a nivel constitucional se trata de un principio cuyo carácter vinculante en la actualidad está fuera de duda (Uprimny

6 En otra de las presentaciones que componen este libro, Julia Miranda examina uno de los principales desafíos ecológicos actuales que tiene que ver con el ordenamiento territorial y el establecimiento de áreas protegidas o áreas de exclusión para la minería, precisamente por los impactos ambientales complejos que pueden tener estas actividades. La conformación de estas áreas contrasta con los aproximadamente doscientos títulos mineros en áreas legalmente excluidas de actividad minera. Este es un asunto pendiente en la Constitución de 1991 que la autora examina.



y Orduz, 2012). En efecto, la Corte Constitucional⁷ y el Consejo de Estado⁸ han hecho una labor muy importante al defender la idea de que el principio de precaución es un principio jurídico vinculante y no solo un principio ético, y que se deriva directamente de múltiples previsiones constitucionales. Como consecuencia de ello, el principio de precaución no requiere una regulación legal o un desarrollo reglamentario concreto para poder ser ejecutado, y además debe ser considerado en todos los asuntos en los que un riesgo ambiental esté presente.

Este principio fue de gran importancia para garantizar la protección de los territorios contra los riesgos de la industria extractiva en el caso de la moratoria minera del Amazonas. Mediante la Resolución 1518 de 2012, el Gobierno decidió suspender los trámites de sustracción de la Reserva Forestal de la Amazonía para actividades mineras, fundamentando su decisión en el principio de precaución. Según esa resolución, existe evidencia científica de que la Amazonía tiene un potencial significativo para el hallazgo de oro, cobre, hierro, coltán y otros minerales. Pero también reconoció que existen estudios que advierten sobre el riesgo de contaminación del agua y la transformación del hábitat. Por eso decidió suspender temporalmente las solicitudes de sustracción en el área.

Dejusticia y otras organizaciones, entre las que se encuentran WWF y el Foro Nacional Ambiental, propusimos que se hiciera lo mismo para el *fracking* (Dejusticia, 2014). Esta técnica, que consiste en el uso de fraccionamiento hidráulico como modo de explotación de combustibles fósiles en yacimientos no convencionales de hidrocarburos como el gas de esquisto, implica graves riesgos documentados por diversos estudios científicos. Especialmente, el *fracking* genera graves riesgos de contaminación y agotamiento de las fuentes hídricas, y también engendra riesgos de contaminación del ambiente por la expedición de gases y químicos dañinos para la salud humana como el metano y el arsénico. Como no existe evidencia científica suficiente que descarte este riesgo potencial, el Gobierno debería aplicar el principio de precaución y suspender el otorgamiento de todo tipo de permisos para la explotación de estos yacimientos.

7 Una de las sentencias más relevantes en este sentido es la C-703 de 2010. En esta sentencia en la que se analizó la constitucionalidad de las medidas preventivas contempladas en la Ley 1333 de 2009 que regula el procedimiento sancionatorio ambiental se reiteró que “aunque el principio de precaución ‘hace parte del ordenamiento positivo, con rango legal, a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993’, la Corte también ha considerado que ‘se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas (art. 266 CP) y de los deberes de protección y prevención contenidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Carta’ [20] y que esa constitucionalización deriva del deber impuesto a las autoridades ‘de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente’”. Ver también las sentencias T-1077 de 2012, C-239 de 2002, C-988 de 2004 y C-595 de 2010.

8 Por ejemplo, en la sentencia del 5 de noviembre de 2013 adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado (MP María Claudia Rojas Lasso), se señaló lo siguiente: “El fallo apuntará al respeto y aplicabilidad del principio de precaución que, si bien no encuentra en la Constitución Política una consagración expresa, es posible derivar su existencia en nuestra normatividad con base en lo dispuesto en los artículos 79 y 80 superiores, que consagran los deberes de protección y prevención del deterioro del medio ambiente a cargo del Estado”.

El Gobierno, sin embargo, ha estimado que los riesgos no están sustentados y que la regulación en Colombia de este tema es suficientemente protectora del ambiente (Bermúdez Liévano, 2014). ¿Qué pasa entonces con el principio de precaución, si no se ha probado que esta actividad es inocua en Colombia? Se supone que el riesgo que puede producir el *fracking* debe evaluarse frente al territorio concreto en el que planea llevarse a cabo. No es lo mismo el riesgo del *fracking* en una zona desértica, inhabitada y sin riqueza en biodiversidad, que la aplicación de la misma técnica en territorios biodiversos y densamente habitados. Por ello, debe estudiarse la inocuidad del *fracking* no con estudios hechos a escala internacional sino con estudios sobre los suelos y la circulación de las aguas subterráneas en Colombia, que tienen sus propias especificidades. Como estos no existen, debería declararse la moratoria del *fracking*.

Los desafíos ecológicos que se intentan resolver con el principio de precaución son, entonces, un llamado a la prudencia y a la toma de decisiones sabias ante situaciones inciertas, pero que plausiblemente puedan generar daños graves e irreversibles. El reto consiste en que toda la sociedad prevea una salvaguarda para que los daños ambientales no se distribuyan de manera inequitativa, de tal forma que no afecten negativamente a los grupos más vulnerables o que priven a las generaciones futuras del derecho al ambiente sano.

2.3 Desafío cultural

En tercer lugar, la actividad extractiva entraña un desafío cultural porque entra en contradicción con otras formas posibles de entender el desarrollo. En especial, las actividades extractivas pueden chocar con el concepto de desarrollo que tienen las comunidades locales en distintas partes del territorio colombiano y de las Américas.

El caso más obvio de este desafío tiene que ver con el entendimiento que tienen los pueblos indígenas de su relación con la naturaleza y su noción del buen vivir (Ávila, 2008). Para los indígenas, el desarrollo de un país o de una sociedad debe estar guiado por la satisfacción de las necesidades en equilibrio con la naturaleza. Pero esta concepción, en no pocas ocasiones se opone a la noción de desarrollo asociado al crecimiento económico y la explotación de los recursos naturales por el que propenden las industrias extractivas. En Ecuador, por ejemplo, en donde el buen vivir ha sido establecido como un derecho constitucional, existen fuertes tensiones entre los pueblos indígenas y el Gobierno del presidente Correa, puesto que su proyecto económico está comprometido con una economía basada en el extractivismo. Al contrario de otros regímenes, esta política extractivista busca una redistribución social importante, pero como está basada en un concepto de desarrollo basado en la extracción de la tierra, que no considera las necesidades humanas sino la rentabilidad de su producción, es razonable que los pueblos indígenas cuestionen su constitucionalidad. La visión del desarrollo no corresponde con



su cosmovisión y el principio constitucional que lo ampara. ¿Si la minería tiene impactos a nivel local, por qué va a prevalecer la visión nacional del presidente sobre las visiones locales de los pueblos indígenas y sus territorios? ¿Es constitucionalmente admisible que predomine una determinada visión del desarrollo sobre otra?

Otro caso de este desafío cultural es el de las comunidades locales consolidadas que se oponen a los proyectos extractivistas porque tienen una visión distinta del desarrollo. Para muchas de estas comunidades, más que la explotación del subsuelo, el desarrollo debe provenir de la conservación del subsuelo para avanzar en una economía agraria de producción de alimentos (Hickey y Mohan, 2004). ¿Cuáles son las razones que justificarían el predominio de la visión fundada en la industria extractiva sobre las visiones locales y culturales de desarrollo de otras comunidades en todos los casos?

El desafío cultural, en consecuencia, exige a la sociedad deliberar ampliamente sobre cuál es el concepto de desarrollo que se busca; cuál es el lugar que en la práctica debe dárseles a otras concepciones de desarrollo, si se quiere más locales, y de qué modo la valoración de esas otras concepciones de desarrollo es compatible con la protección de la diversidad cultural. Hasta ahora no parecen existir suficientes razones en el debate público que sustenten el predominio del concepto de desarrollo promovido por la industria extractivista sobre otras nociones de desarrollo. Por lo tanto, otras formas de desarrollo deberían tener cabida.

2.4 Desafío democrático

Por último, el impacto de las industrias extractivas implica otro problema constitucional en estrecha relación con el anterior, que tiene que ver con la tensión entre la dimensión nacional y local, específicamente con la capacidad participativa y decisoria de cada uno de estos niveles.

La tensión en el caso colombiano –porque no es así en todos los países– es la siguiente. La Constitución, en el artículo 332, establece que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Como el artículo no se refiere a la Nación sino al Estado, y este es el conjunto de las entidades territoriales, debería entenderse entonces que el artículo constitucional incluye a los municipios, toda vez que ellos son entes territoriales. En otras palabras, debería concluirse que la regulación se puede hacer a nivel nacional, pero no es exclusiva de la Nación. En efecto, mientras que la Constitución de 1886 se refiere a la Nación como propietaria del subsuelo, la del 91 se refiere al Estado. Además, el artículo 313 de la Constitución autoriza a los Concejos Municipales para reglamentar el uso del suelo.

Sin embargo, normas tales como el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 (o Código Minero) establecen que las autoridades regionales y locales no pueden adoptar decisiones en lo relativo a la exclusión de zonas de la minería. De este modo, las normas parecen cuestionar el alcance del artículo 332 de la Constitución y descartar la participación de los municipios y departamentos en las decisiones que se adoptan sobre sus propios territorios, con lo cual, además, vaciaría de contenido la facultad de los municipios de regular el uso del suelo prevista en el artículo 313 de la Carta. Este conflicto fue el que resolvió la Corte en la sentencia C-123 de 2014.

La idea de la propiedad estatal del subsuelo con una cierta regulación nacional unitaria es apropiada para evitar las desigualdades regionales profundas a nivel de los ingresos por la renta minera. La ausencia total de directrices nacionales podría llevar a que una región con la suerte (¿o la mala suerte?) de tener minas tenga regalías muy altas frente a otras regiones que no pueden extraer este tipo de recursos. Frente a esto, una regulación nacional que permita la redistribución de la renta minera y las compensaciones ambientales para los territorios puede ser buena. Sería útil para enfrentar el desafío de la repartición dispar de los costos y beneficios de la actividad extractiva a nivel interno.

Pese a ello, la prevalencia absoluta de la regulación nacional de las actividades extractivas entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución, en dos sentidos. Por una parte, la normatividad del Gobierno central como única fuente de regulación sobre el territorio y las actividades extractivas podría terminar convirtiendo en inócua la disposición del artículo 313 según la cual los municipios tienen potestad sobre la regulación del uso del suelo. Por la inseparable relación entre las actividades extractivas del subsuelo y el suelo, de nada serviría que un municipio pueda regular el suelo si una directriz del Gobierno central será la que disponga sobre los usos del subsuelo.

En este punto es importante resaltar que buena parte de las decisiones locales sobre el uso del suelo dependen de la cultura de esa comunidad. Así, por ejemplo, una montaña puede tener para determinada localidad una dimensión cultural simbólica fundamental o una dimensión religiosa que se preserva a partir de las decisiones sobre su uso. Puede que en otra localidad no tenga esta connotación y tampoco para el país, pero al momento de tomar una decisión sobre la explotación minera no es posible sostener que este es un asunto menor que no amerita ser consultado, o que en cualquier caso debe predominar el interés de la explotación minera sobre la autonomía de la regulación del uso del suelo.

Un ejemplo ilustra bien la importancia de la participación local en estos asuntos relativos al uso del suelo. De pronto descubren un pozo petrolero debajo del sitio sagrado donde se apareció la virgen de Lourdes, y se decide que ese sitio sagrado debe demolerse para hacer el pozo. ¿Podría argumentarse



que cualquier oposición de la comunidad que preserva este monumento deriva de una concepción mítica atrasada que no es favorable al desarrollo? Esto parece insostenible. La mayoría de las personas podrían acordar que este es un sitio sagrado y que existen buenas razones para preservarlo. Pues bien, si uno arriba a esa conclusión en lo relativo a una religión occidental, debería llegar a lo mismo cuando un pueblo indígena solicita interrumpir un proyecto extractivista en un lugar que para ellos tiene una dimensión sacra. Debería ser igualmente insostenible excluir a las comunidades locales de participar sobre la decisión del uso del suelo para fines extractivos, argumentando que esas comunidades están atrapadas en un cierto tipo de atavismo cultural.

Por otra parte, en el mismo artículo 313 de la Constitución se establece que los Concejos Municipales tienen el deber de proteger el patrimonio ecológico local. Esta potestad justifica su participación en la toma de decisiones sobre el uso del suelo y el subsuelo, cuando ello se requiera para llevar a cabo ese deber ecológico. Pero si las decisiones sobre la actividad extractiva se toman solo considerando las políticas del nivel central, entonces sería imposible para los municipios tomar medidas para proteger el patrimonio ecológico que sea amenazado por una actividad extractiva en particular.

¿Es posible articular una visión del Gobierno central proclive a la expansión de la industria extractiva con una visión local contraria a ella? La fórmula que ofreció la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2014 se orientó en una dirección en principio acertada. Según la Corte, la norma del Código Minero que establece que las autoridades regionales y locales no pueden adoptar decisiones en lo relativo a la exclusión de zonas de la minería es exequible por cuanto obedece al principio de unidad nacional. Pero para evitar vaciar de contenido las autonomías locales y las responsabilidades de las entidades territoriales en el manejo del medio ambiente, tiene que garantizarse una participación eficaz de estos entes en la regulación de la actividad minera que ocurra en sus territorios.

Para la Corte, las comunidades locales no tienen la potestad legal de decidir qué se hace con el subsuelo, porque ese es del Estado que, en este caso, es unitario. Pero como si tiene la facultad constitucional de ordenar el uso del suelo, entonces tiene el derecho a intervenir en los eventos en los que el Estado toma la decisión de favorecer una actividad minera en su territorio. En ese sentido, la sentencia C-123 de 2014 estableció que la norma acusada era constitucional con la condición de que se conceda la oportunidad de participar activa y eficazmente a las entidades municipales o distritales; discutir acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades. Todo esto como parte del proceso de autorización previa a la realización de exploración y explotación minera.

Los magistrados María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas salvaron el voto, porque consideraron que existen suficientes argumentos para sostener que la norma discutida sí violaba la Constitución y porque estimaron que el condicionamiento no subsanaba los problemas de constitucionalidad. En cuanto a lo primero, estos magistrados sostuvieron que la Constitución consagró un modelo de concertación en la gestión del territorio. Contrario a ello, la norma parte del presupuesto de que las competencias del ordenamiento del territorio pueden fragmentarse y ejercerse de forma independiente. Además, encontraron que la norma prioriza de manera irrazonable la actividad minera sobre finalidades constitucionalmente imperiosas como la conservación del medio ambiente, los recursos hídricos y la producción de alimentos. Por eso, a su juicio, la norma debió ser declarada inexecutable.

Pero es lo segundo en lo que quisiéramos centrarnos para efectos de profundizar en el desafío democrático. Los magistrados Calle Correa y Vargas Silva manifestaron que el condicionamiento dejó muchos vacíos que pueden obstaculizar el derecho a la participación. Dijeron que si bien quedó establecido de manera clara que las autoridades locales tienen derecho a una participación activa y eficaz en los eventos en los que se decida adelantar una actividad extractiva, no se establecieron los criterios que deben tenerse en cuenta en dicha concertación para garantizar la autonomía local, y no quedó claro qué tipo de límites implica para las decisiones sobre el subsuelo y el suelo, la concertación y los desacuerdos que existan entre los niveles local y nacional. Nosotros compartimos esta apreciación. De modo que, aunque celebramos que se haya incorporado el principio de participación en este tipo de asuntos, nos quedan profundas dudas sobre la constitucionalidad de la norma, porque no queda claro aún cómo se resuelve este desafío democrático que plantea una actividad extractiva como la minería.

En este sentido, la sentencia C-123 de 2014 hace evidente que en la relación entre territorios e industrias extractivas es crucial avanzar hacia la profundización de los mecanismos democráticos y deliberativos, para que todos los niveles del Estado y todos los ciudadanos puedan participar efectivamente en la decisión sobre el desarrollo y los límites del avance de la industria extractiva. Pero la sentencia también muestra que aún falta recorrer un largo camino para alcanzar esta democratización de las decisiones sobre las actividades extractivas en el territorio.

3. Conclusiones y debates pendientes

Hasta aquí hemos sostenido que las industrias extractivas se han desarrollado de una manera muy vigorosa, y que tienen un potencial económico importante. Sin embargo, es una actividad que plantea tensiones constitucionales y de derechos humanos muy profundas. Se trata, por tanto, de un tema en el que tendremos unos desafíos formidables en los próximos años si queremos que



la extracción de minerales, gas y petróleo no atenten contra el ambiente y el conjunto de los derechos humanos. De todos ellos aquí hemos resaltado cuatro: el desafío de la regulación, el desafío ecológico, el desafío cultural y el desafío democrático. Todos plantean interrogantes constitucionalmente relevantes y exigen la realización de denodados esfuerzos para avanzar hacia su respuesta. Para terminar, ofrecemos algunas reflexiones que nos parecen prometedoras en la dirección que hemos propuesto.

Primero, debemos trabajar en nuevas formas de regulación que conduzcan hacia la consolidación de la noción de obligaciones extraterritoriales de los Estados e derechos humanos, y hacia formas de regulación transnacional de los conflictos que garanticen efectivamente la protección del ambiente y de otros derechos humanos, puestos en riesgo con la expansión de las actividades extractivas.

Segundo, debemos seguir trabajando en la comprensión y ampliación del principio constitucional de precaución, así como sobre su exigibilidad frente a todos los proyectos de industrias extractivas y a las políticas públicas extractivistas en los que sea pertinente.

Tercero, debemos profundizar sobre el desarrollo constitucional del ordenamiento territorial en Colombia. Los desafíos estudiados muestran que falta avanzar mucho en el fortalecimiento institucional en materia ambiental y en materia de la regulación de la actividad minera y extractiva, y que falta progresar hacia la creación de instituciones que materialicen el principio de coordinación entre los distintos entes territoriales. En este sentido, son cuestionables propuestas como la del Gobierno de otorgar una suerte de licencias “expres” para favorecer la actividad minera, cuando carecemos de instituciones “expres” que respondan con eficiencia y protejan los derechos constitucionales.

No debe olvidarse que esta estructura institucional para los territorios liga los desafíos que plantea la industria extractiva con la paz. El Alto Comisionado para la Paz ha dicho que si hay paz será una que se construya desde los territorios, una especie de “paz territorial”. Esta concepción de la paz se fundamenta en la construcción de comunidades campesinas que puedan anclarse en los territorios, pero el problema es que al mismo tiempo las estrategias de desarrollo del Gobierno están edificadas sobre las industrias extractivas que tienden a expulsar a esos campesinos de los territorios. Parece entonces existir una tensión entre la estrategia de paz del Gobierno y su estrategia de desarrollo, que debería resolverse en los territorios.

Por último, para responder a esos desafíos constitucionales, es ineludible el debate público acerca de si Colombia debe articular su desarrollo en torno a las industrias extractivas. Hay evidencia comparada de que las industrias extractivas fracturan los territorios, profundizan las desigualdades y resuelven

de manera inadecuada todos los desafíos que hemos mostrado que actualmente enfrenta Colombia (Auty, 2009). Este impacto tendencialmente regresivo de la actividad minera está ligado a la relación capital-trabajo en este sector, pues es una industria en general muy intensiva en capital, que no genera masivamente empleo. De hecho, si uno compara la relación de lo que produce la minería en participación del PIB y lo que produce la minería en relación de empleo, la relación es desproporcionada y eso tiene efectos negativos sobre la desigualdad.

La literatura solo muestra dos casos de industrias extractivas que no profundizan las desigualdades: Noruega (Holden, 2013) y Botswana (Acemoglu et al., 2003). Los dos casos comparten la característica de que, antes de que se profundizara la industria extractiva, lo primero que se profundizó fueron las instituciones democráticas. La enseñanza parece ser, entonces, que con instituciones democráticas se pueden domesticar un poco los riesgos de una industria extractiva.

Por las anteriores razones, es necesario debatir si la sociedad colombiana realmente quiere adoptar un modelo de desarrollo basado en las industrias extractivas y si está consciente de los riesgos y costos que esta opción implica. En todo caso, sea cual sea la decisión que adopte la sociedad en pleno, es necesario fortalecer todas las instituciones democráticas que están involucradas en la regulación y control de esta actividad. La ausencia de este debate y la carencia de instituciones democráticas hacen de este crecimiento de la industria extractiva un potencial peligro.

Bibliografía

Acemoglu, D., Johnson, S., & Robinson, J.A. (2003). An African success story: Bostwana. En: Dani Rodrik, *In search of prosperity: analitic narratives on economic growth*. Princeton: Princeton University Press.

Andia, T., & Rodríguez Garavito, C. (2014). *Business & Human Rights: Beyond the Beginning*.

Auty, R. Natural resource rent-cycling outcomes in Botswana, Indonesia and Venezuela. En: Irakli Khodeli.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Editorial Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar.

Bermúdez Liévano, A. (2014). Los cuatro temores sobre la llegada del *fracking*. 7 de septiembre. *La Silla Vacía*. En: <http://lasillavacia.com/historia/los-cuatro-temores-sobre-la-llegada-del-fracking-48547>



Botta, A.; Godin, A. & Missaglia, M. (2014). *Finance, Foreign (Direct) Investment and Dutch Disease: The Case of Colombia*. Italy: Università Di Pavia, Department of Economics and Management.

Cabrera, M. & Fierro Morales, J. (2013). Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia. En: Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), *Minería en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Clavijo, S., Vera, A., & Fandiño, A. (2012). *La desindustrialización en Colombia. Análisis cuantitativo de sus determinantes*. Bogotá: ANIF.

Corden, W.M. & Neary, S.P. (1982). Booming Sector and Desindustrialization in a Small Open Economy. *The Economic Journal*, 92 (368): 825-848.

DANE. (2015). *Anexos estadísticos 2015, Colombia exportaciones totales, según CIIU*. En: <http://www.dane.gov.co/index.php/comercio-y-servicios/comercio-exterior/exportaciones>

Dejusticia. (2014). *Solicitamos al Gobierno que declare una moratoria del fracking*. Septiembre 15 de 2014. En: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2316>

ETOS. (2013). *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Heidelberg: Fian Internacional.

Frankel, J. (2010). *The natural resource curse: a survey. Faculty research working paper series*. USA: Harvard Kennedy School.

Garay, L.J. (2013). "Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero". En: L. J. Garay et al., *La minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Giddens, A. (2010). *La política del cambio climático*. Alianza: Madrid.

Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina. (2013). *Informe sobre el impacto de minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá*. En: <http://www.dplf.org/es/news/informe-sobre-el-impacto-de-mineria-canadiense-en-america-latina-y-la-responsabilidad-de-canada>

Hickey, S. y Mohan, G. (eds.). (2004). *Participation: from Tyranny to Transformation? Exploring new approaches in participation in development*. Londres: Zed Books.

Holden, S. (2013). *Avoiding the resource curse. The case Norway*. University of Oslo. En: <http://folk.uio.no/sholden/wp/resource-curse-norway-13.pdf>.

Ministerio de Minas. (2010). Sector Minas. *Memorias al Congreso de la República 2009-2010*. En: <http://www.minminas.gov.co/documents/10180/23400/03-minas2009-2010.pdf/52d0c538-7af9-4394-b4fb-73768ffa62e1>

Moran, Robert. (2013). *Preguntas y respuestas sobre la minería. Informe de Greenpeace*. Septiembre de 2013. En: http://www.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/report/2013/cambio_climatico/Informe-Moran-mineria.pdf

Mudd, G. (2007). Resource consumption intensity and the sustainability of gold mining. *2nd International Conference on Sustainability Engineering and Science: Talking and Walking Sustainability*. Auckland, New Zealand, February 2007.

Pisarello, G. (2000). "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico". En: Del Cabo, A., & Pisarello, G. (eds.). *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*. Alicante: Universidad de Alicante.

Rudas Lleras, G., & Espitia Zamora, J.E. (2013). La paradoja de la minería y el desarrollo. Análisis departamental y municipal para el caso de Colombia. En: Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), *Minería en Colombia: derechos, políticas públicas y gobernanza*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Schutter, O. et al. (2012). Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 34, 2012.

Ruggie, J. (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. A/HRC/17/31.

Uprimny, R., & Orduz, N. (2012). *El principio de precaución y la Amazonia*. Bogotá: CEPAL y Patrimonio Natural. En: http://www.cepal.org/colombia/noticias/paginas/0/51110/Principio_de_Precaucion.pdf

Wallerstein, I. (1980). *The Capitalist World Economy: essays*. Cambridge: Cambridge University Press.

Reflexiones en torno a la gestión social de la minería

como sistema, a la justicia socioecológica transnacional y al modelo minero neoextractivista. A propósito del caso de Colombia

*Luis Jorge Garay Salamanca**

Introducción

El presente ensayo tiene como propósitos ilustrar: (i) la relación existente entre la minería como un sistema socioecológico complejo y la configuración/transformación de territorios, (ii) la necesidad de implantar un modelo de gestión social y de gobernanza (adaptativa) para promover la resiliencia (resistencia e integralidad) del sistema minero con un decisivo e insustituible papel del Estado, (iii) el carácter transnacional del sistema minero, aún más en la etapa actual de proceso de globalización¹ bajo un modelo caracterizable como neoextractivista tipo enclave en países como Colombia, (iv) la razón de ser de la construcción de un sistema de justicia socioecológica a nivel transnacional, como sistema de justicia complejo, que ha de abarcar no solamente los ámbitos del derecho penal, sino además los de una justicia memorial de carácter ético/moral/societal sobre faltas u omisiones Estado-corporativas (no concebidas como delitos penales), sus responsables (funcionarios, corporaciones, etc.) y sus afectaciones (sobre comunidades, intereses colectivos, riqueza ecológica, recursos públicos), por ocasionar importantes daños sociales, y por último (v) algunas implicaciones de la implantación de un modelo minero de esa naturaleza en un país como Colombia con una institucionalidad frágil, en términos técnicos y de gobernanza, sujeta a procesos de captura/cooptación por parte de intereses poderosos.

* Este ensayo se concibe como una síntesis selectiva de temas abordados en diversos trabajos del autor publicados recientemente.

¹ Caracterizada por la competencia cada vez más internacionalizada entre capitales de diversa procedencia por el acaparamiento de suelo y subsuelo para la producción a gran escala de commodities y agrocombustibles, por ejemplo, y para la explotación de recursos naturales no renovables, como los minerales, requeridos por las economías ya desarrolladas y las altamente pobladas de rápido crecimiento económico.



La minería como un sistema complejo

Para propósitos de este ensayo la minería en su sentido estricto no abarca al sistema de petróleo e hidrocarburos, sin dejar de reconocer la existencia de problemáticas socioecológicas y territoriales estrechamente relacionadas entre sí.

En primer lugar, la minería ha de ser concebida como un sistema socioecológico complejo (SSE) y no, como un simple sector. Siguiendo la acepción planteada por Garay (2014b, p. 17):

Un SSE complejo estaría estructurado por dos subsistemas básicos: social y ecológico, que comprende, por una parte, la sociedad en términos de los roles y las relaciones entre agentes y grupos sociales desarrolladas en un espacio, no solo físico sino también simbólico y cultural (en el sentido de la ecología política), que se reproduce/renueva/transforma/modifica por la acción/reacción de/y con los agentes sociales y, a su turno, afecta/supedita/modifica a las condiciones de vida de la misma sociedad implicada y de su relacionamiento tanto societal como con el subsistema ecológico; y, por otra, la naturaleza/ecología en términos de sus propias dinámicas intrínsecas y de las relaciones/retroalimentaciones con el subsistema social generadoras de procesos de cambio/alteración/perturbación frecuentemente impredecibles e irreversibles a nivel del ordenamiento ecológico, con consecuencias sobre el subsistema social en una perspectiva inter-temporal.

De esta manera, un SSE se relaciona con la dinámica de la construcción/deconstrucción del territorio como proceso societal, cultural y geofísico/ecológico fruto de la reproducción de conflictos/contradicciones/disputas entre agentes y grupos sociales para el aprovechamiento/conservación/reserva de unos espacios con diverso significado simbólico, variada riqueza y fragilidad ecofísica, diferente composición étnica, diverso potencial productivo/económico, etc. (Garay, 2013c, p. 14).

En segundo lugar, todavía más, la minería tampoco puede ser considerada como un *sector especial de utilidad pública* que, como norma, pueda predominar sobre otros sectores como la agricultura que sí tiene una clara jerarquía constitucional (según la Carta de 1991) en términos de la seguridad alimentaria y de provisión de tierra cultivable para la propiedad y el empleo de población campesina. Además de que, por sus múltiples impactos de diversa índole, ha de ser sujeta (la minería) a la observancia de una cierta jerarquía y subsidiaridad de derechos entre los fundamentales, los comunitarios, los de propiedad del suelo, las expectativas de derecho sobre el uso del subsuelo y la subsecuente expropiación del suelo, los de restitución de tierras en favor de las víctimas pero con el agravante de contar con título minero o licencia ambiental aprobados por el propio Estado sobre su respectivo subsuelo, etc. (Garay, 2013a, p. 19).

A pesar de diferentes autos y sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, de artículos de la Ley de Víctimas y de recientes fallos de jueces de restitución, entre otros, es clara la necesidad de desarrollar un activismo judicial para lograr que la Corte pueda establecer un jerarquización taxativa de derechos en los ámbitos de su competencia (Garay, 2013a, p. 20).

La socioecología política alrededor del subsuelo en su relación intrínseca con el suelo

En términos físicos, la Tierra se refiere en su integralidad tanto al suelo como al subsuelo y a la superficie de vuelo, que están íntimamente interrelacionados en la medida en que, por ejemplo, la explotación de recursos no renovables del subsuelo tiene una variedad de impactos sobre el suelo e incluso la superficie de vuelo en el mismo espacio en referencia, e incluso sobre otros adyacentes o no.

La importancia del subsuelo consiste no solamente en que alberga una preciada riqueza económica y geológica de recursos naturales no renovables (RNNR), sino además porque desempeña otras funciones “como las ambientales (por su relación con fuentes de agua y sus propiedades de recarga hídrica), las bióticas (por su contribución al incremento de la actividad biológica del suelo), las geológicas (por su aporte en la estabilización de terrenos) y las culturales/simbólicas (por su significancia en el caso de sitios sagrados de pueblos indígenas)” (Vargas, 2014, p. 273). Por lo tanto, es de reconocer que la unidad intrínseca suelo y subsuelo abarca los más diversos ámbitos, desde lo físico y biológico a lo económico, político, social y cultural, vinculados a través de una multiplicidad de interrelaciones/retroalimentaciones (Garay, 2014a, p. 15).

Además, el sistema de la minería conlleva necesariamente una estrecha interrelación con la configuración/transformación del territorio en términos espaciales, geofísicos y también económicos, sociales y culturales.

Así, entonces, el análisis de socioecología política alrededor del subsuelo debe referirse, tanto al tema del aprovechamiento económico, ecológico, cultural y simbólico de su riqueza y la del suelo y territorio, en un todo integral, como a la satisfacción de intereses colectivos bajo una perspectiva amplia: intercultural y transgeneracional, como los relacionados con el derecho colectivo a gozar de un medio ambiente sano, a promover la resiliencia de los sistemas socioecológicos en el largo plazo y a promover el bienestar social y de las comunidades involucradas, en especial.

Por ello, aun habiéndose instituido la propiedad del Estado sobre el subsuelo, surgen otras contradicciones/conflictos que van desde la jerarquización de derechos de propiedad entre el suelo y el subsuelo cuando el suelo es de propiedad privada a cargo de unos particulares o de una propiedad comunitaria



de pueblos ancestrales, a la subsidiaridad del ordenamiento territorial a cargo de los Estados y las comunidades locales y regionales y el ordenamiento nacional para la explotación de RNNR en cabeza del Estado central en un Estado de Derecho descentralizado, a la definición de asuntos clave como la reserva o el aprovechamiento de RNNR, su ritmo y modalidad de explotación, la distribución inter e intrageneracional de sus beneficios y costos, etc. (Garay, 2014a, p. 18).

Resiliencia,² gestión social y gobernanza de un SSE como la minería

Dado que un SSE puede correr el riesgo de transitar a un estado que implique necesariamente su colapso, ante la excesiva presión por la explotación de sus recursos naturales ejercida por la comunidad o por agentes corporativos, por ejemplo, y su incapacidad para retornar a algún estado en el que se garantice su adaptabilidad/reproducibilidad, y que la acción/intervención/afectación del subsistema ecológico proviene con frecuencia (aunque no únicamente, por supuesto) del subsistema social, conviene concentrar la atención en la problemática de la resiliencia y gobernanza de un SSE.

Quando se trata de un sistema complejo la transición entre estados no se da al estilo de lo modelado por las teorías clásicas de equilibrio estable en razón del riesgo y la incertidumbre como carácter inmanente del propio sistema, por lo que transición es más bien impredecible/no determinística, como es el caso del subsistema ecológico ante la innata incertidumbre de impactos sobre el estado de la ecología por la explotación de recursos naturales no renovables (RNNR) como los minerales ante condiciones variables de vulnerabilidad de los ecosistemas, por ejemplo, es ampliamente reconocida en la literatura especializada. De ahí que deba concebirse a la resiliencia como proceso dinámico (y no solo estático y determinístico) y, en consecuencia, a la gobernanza en una acepción adaptativa. (Garay, 2014b, p. 19)

Independientemente de que los recursos naturales (RN) y especialmente los RNNR deban ser considerados bienes *comunales* sino más bien públicos o *cuasipúblicos*, lo cierto es que el dilema de la “tragedia de los comunales” ilustra con claridad por qué la gestión de un sistema complejo como un SSE requiere una cierta institucionalidad robusta para garantizar en una perspectiva perdurable su resiliencia, la resolución de conflictos de intereses entre agentes y grupos sociales alrededor de la explotación de su riqueza natural y, al fin de cuentas, la equidad intra e intergeneracional y el bienestar de la sociedad en el cual está inmerso el propio SSE (Garay, 2014b, p. 20).

Sin duda alguna, el Estado mismo es un agente determinante clave en la conformación e implantación de dicha institucionalidad, tanto por el

2 Para todo propósito aquí se entiende resiliencia como el conjunto de condiciones asociadas de un sistema: resiliencia, integralidad y resistencia.

carácter del bien como por la naturaleza del sistema complejo, que imponen su intervención como agente encargado por excelencia de velar por la plena vigencia del Estado de Derecho, la observancia de los derechos constitucionales y la propia democracia. Ello, obviamente, sin demeritar de manera alguna el crucial papel de los agentes y grupos sociales, públicos y privados en la gestión del sistema. Aquí reside la relevancia del estudio de las condiciones requeridas para asegurar una adecuada gobernanza de un sistema complejo como un SSE en el marco de un Estado democrático de Derecho (Garay, 2014b, p. 21).

Uno de los temas centrales de la gobernanza de un sistema complejo como un SSE es la interacción de múltiples instancias de acción determinante: a) la escala del tiempo, con un amplio espectro desde tiempos con referente contemporáneo a otros de escala incluso no-humana como el período de duración para la formación de un ecosistema; b) la escala espacial, que va desde los impactos ambientales aislados a nivel local, a los acumulados en el tiempo con expresión cada vez más internacional como el calentamiento global, y c) la escala organizacional, que va desde la acción/intervención de agentes sociales a nivel local como el caso de alcaldes y concejos municipales en el ordenamiento del uso del territorio, al nivel nacional como los ministerios en la aplicación de una política minero-ambiental, al nivel internacional con la adopción de normas y derechos sobre el medio-ambiente vinculantes en los Estados miembro, con la injerencia de organizaciones y empresas transnacionales para el aprovechamiento de RNNR (Ambrosio, 2007; Cumming et al., 2006). Por supuesto, ello lleva a que en el sistema se reproduzcan una gran variedad de relaciones/interacciones cruzadas entre instancias y niveles con una influencia determinante en la evolución de y entre los subsistemas, que han de ser tomados en debida consideración para la gestión de la resiliencia y, por supuesto, la gobernanza del sistema en su conjunto. (Garay, 2014b, p. 22)

Justicia ambiental/socioecológica transnacional

En general, con el proceso de globalización se va abriendo paso la necesidad de avanzar hacia una justicia cada vez más transnacionalizada en ámbitos clave del relacionamiento/interacción entre sociedades y como etapa intermedia en la construcción de una eventual justicia global en el largo plazo. Así, la responsabilidad crecientemente transnacional asumida por los Estados va subsanando su pérdida de autonomía y poder territorial localizado a través de la implantación transnacional de normas y regulaciones para contrarrestar el agravamiento de inequidades y para promover el establecimiento de principios de justicia entre países y grupos sociales. Ello para propender no solamente por una cierta legitimización social y política del proceso globalizador, sino también por su reproducción y profundización a una escala cada vez más ampliada (Garay, 2013a, p. 11).

El caso de los sistemas socioecológicos cada vez más transnacionalizados constituye un ámbito de especial consideración en términos de la construcción de una justicia global, debido a que el cambio climático y sus impactos son



fenómenos glocalizados, por lo se han de aplicar principios y normas de una justicia socioecológica transnacional. En efecto, en razón de la diversidad de sus causas, de la multiplicidad y grados de gravedad de sus impactos, de la heterogeneidad de agentes sociales implicados, de la variedad de responsabilidades, de la disparidad de afectaciones y de canales de transmisión de sus efectos a través del tiempo –corto vs. mediano y largo plazo–, del carácter transgeneracional de intereses involucrados, de la intertemporalidad de daños y, entre otros factores, de la deficiencia y asimetría de conocimiento experto e información decisoria, se puede argumentar, como lo hace Innerarity (2013), que la justicia socioecológica y del cambio climático es un caso de “justicia compleja” (Garay, 2013a, p. 13).

Es precisamente en el contexto de la ecología política en el cual se ha desarrollado una reconocida óptica teórica de *justicia ambiental*, sustentada en al menos tres principios básicos: i) principio equidad intergeneracional, introducido por Weiss (1988): “Todos los individuos tienen derecho a estar protegidos de la degradación medioambiental”, ii) principio de precaución, adaptado inicialmente por Bullard (1999): “Antes de emprender una acción, si se tiene una sospecha razonable de que puede producir algún daño y hay incertidumbre científica al respecto, entonces se debe actuar para impedir dicho daño”, y iii) principio antidiscriminación social: “Adoptando nuevos paradigmas para impedir el impacto discriminatorio de la contaminación que en la actualidad afecta sobre todo a las comunidades más vulnerables” (Bullard, 1999; Espinosa, 2012; Garay, 2013c, p. 15).

Con respecto a este último principio ha de resaltarse que la problemática de la justicia ambiental se complejiza aún más en la medida en que la diferencia de simbologías/identidades/valoraciones entre culturas (por ejemplo, entre las ancestrales y la occidental) conduce a concepciones de justicia bajo hermenéuticas diversas, ante lo cual se daría debido lugar a una *justicia intercultural*, si el propósito es reproducir diálogo/contraste/contradicción/interacción entre visiones en condiciones de equiparación e inclusión, y no de imposición/exclusión/sometimiento de una (la occidental, por ejemplo) sobre otras. Claramente, esta justicia intercultural constituye una óptica teórico-analítica relacionada con la perspectiva de la ecología política (Garay, 2013c, p. 15).

Ahora bien, aparte de las dificultades inherentes a la construcción de una justicia compleja a nivel transnacional, debe resaltarse que la justicia no debe concebirse solo en la sanción penal de la comisión de conductas instituidas como delitos o actos abiertamente ilegales por el propio derecho penal, sino que ha de ampliarse su órbita de acción al enjuiciamiento de la afectación de derechos fundamentales, socioecológicos/ambientales y ancestrales, entre otros, y de la comisión de daños sociales de importancia.

Una de las problemáticas para avanzar hacia una justicia socioecológica de tal naturaleza, en la búsqueda de un adecuado tratamiento no solo penal sino también, y de especial importancia, moral/societal tanto de responsables como de afectados/perjudicados, así como la garantía de una adecuada reparación material y moral/societal de perjuicios/daños sociales causados por faltas u omisiones por parte tanto del Estado como de las corporaciones (agentes empresariales), es la inconveniente subordinación de la criminología al derecho penal en la medida en que solo se penalizan aquellos actos, conductas o comportamientos considerados explícitamente como delitos, dejándose de lado como objeto de un trato explícito institucional o incluso social a todas las demás acciones (y sus responsables), aun aquellas que causan importantes daños sociales.

Esta omisión se hace aún más grave en faltas que causan importantes daños sociales transnacionalmente en entornos institucionales y jurisdiccionales diferenciales, no suficientemente armonizados globalmente, en ámbitos que van incluso más allá del penal como son el ambiental, el laboral, el fiscal y cambiario, por los problemas de inequidad e injusticia que se reproducen entre agentes sociales y Estados a nivel transnacional. Aquí radica, precisamente, la pertinencia de una epistemología crítica de la criminología para el análisis de la evolución y consecuencias de un sistema complejo como la minería en países en desarrollo con la activa participación de empresas e intereses transnacionales. (Garay, 2014c, pp. 15-16).

De esta forma se permitiría brindarles relevancia especial no solo a las faltas tradicionales en el orden penal, fiscal y administrativo, por ejemplo, sino muy primordialmente a las de moral y ética pública en esa amplia zona *gris/opaca* circunscrita entre lo claramente legal y lo abiertamente ilegal/ilícito: esto es, a conductas/comportamientos que mientras no se demuestre lo contrario, en términos del principio de presunción de inocencia, no pueden ser consideradas como delitos o crímenes penalmente, sino como faltas/omisiones en la gestión de asuntos públicos con graves repercusiones sociales (daños sociales).

Para ello se requiere avanzar decididamente en fiscalización estricta (*accountability*) de la gestión pública y de la conducción de asuntos de interés colectivo desde muy diversos ámbitos con el desarrollo jurisprudencial, la progresiva exigibilidad y judicialización de derechos fundamentales, y control ciudadano de la observancia de derechos y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado en el marco de un Estado Social de Derecho como el que establece la Constitución colombiana de 1991.

He aquí uno de los grandes retos que enfrenta un país como Colombia para garantizar una administración sistémica de los recursos naturales no renovables desde una visión societal y con una perspectiva perdurable en el marco de un Estado democrático de Derecho. Y todo con la convicción de que solamente con la instauración global/nacional y transnacional de una justicia sustentada no solamente en el derecho penal, sino también, y de manera crucial, en la construcción de una memoria institucional y



societal de las injusticias reproducidas –tanto de las faltas/omisiones como de los promotores/beneficiarios y las víctimas/afectados– en la conducción de asuntos de interés colectivo, se podrá progresar hacia una estricta “justicia universal”, para recoger una célebre sentencia de Reyes Mate (2011, p. 295). Lo que para el caso aquí en referencia, equivaldría a una justicia socioecológica universal en una perspectiva perdurable, transgeneracional. (Garay, 2014c, pp. 37-38).

Modelo minero neoextractivista: reproducción impactos/ conflictos a nivel transnacional

A manera de simplificación ilustrativa, es posible afirmar que tres son los pilares centrales de política pública que han caracterizado el denominado modelo neoextractivista implantado en buen número de países de América Latina desde la década de los noventa. Como los señala Machado (2011, pp. 158-159):

1. Plena seguridad jurídica sobre la propiedad de las concesiones mineras (imprescriptibilidad y transabilidad de las concesiones mineras; preeminencia de la propiedad minera sobre los derechos superficarios; total garantía legal y judicial de las inversiones extranjeras, hasta el extremo de reconocer la competencia originaria de los juzgados de los países de origen de las inversiones en caso de controversias).
2. Grandes beneficios fiscales y comerciales (estabilidad jurídica por períodos de entre 25 y 30 años; eliminación de tasas de importación y exportación; libre disponibilidad comercial de productos; amortización acelerada de inversiones; desgravación de impuestos internos y de regalías mineras o su limitación a tasas insignificantes; libre disponibilidad de divisas y desregulación total sobre la remisión de utilidades; concentración de impuestos por “resultados” en base a declaraciones juradas de las empresas, etcétera).
3. Una legislación y sistema de controles ambientales extremadamente laxos (entre los que se destaca la supresión de fondos de garantías por impactos ambientales; vacíos legales en relación a los procesos de cierre de minas y al tratamiento de los pasivos ambientales mineros; estándares ambientales de calidad de agua, aire y suelo sistemáticamente inferiores a las disposiciones de la Organización Mundial de la Salud y a las regulaciones de los países del norte; descentralización y fragmentación de los organismos de control y fiscalización ambiental, etcétera).

Y agrega Machado (159):

Estas nuevas bases legales e institucionales convertirían al extenso territorio de la región en una increíble “oportunidad” para el desarrollo de los intereses mineros globales. El Banco Mundial ofrecería frondosos créditos para agilizar la “modernización” institucional y la reforma de los marcos legales relativos a las explotaciones mineras. Así, sucesivamente Perú (1991), Bolivia (1991), Ecuador (1991), México (1992), y más tarde Brasil (1996), Guatemala (1997), Honduras (1998) y Colombia (2001) introdujeron sendas modificaciones en sus legislaciones mineras adoptando uniformemente los nuevos criterios

impuestos. En Argentina, tales reformas se impusieron bajo el gobierno de Menem con la Ley 24.196 (1993) y otras reformas complementarias. Bajo ese extraordinario marco de "incentivos", América Latina se convirtió en el centro de destino privilegiado para las grandes transnacionales mineras.

En este contexto, la explotación de RNNR se realiza en diversos países como varios de América Latina bajo un modelo neoextractivista de tipo enclave con la participación decisiva de empresas transnacionales³, que se caracteriza por la exacerbación de conflictos/intereses/impactos de carácter transnacional propio de un SSE complejo y estrictamente transnacionalizado.

Los ámbitos geográfico/territorial/cultural, económico, ecológico y político resultan realzados como instancias de especial impacto por parte de la socioecología política de la minería de enclave. Así, por ejemplo:

- a) En el ámbito territorial en la medida en que se "desarticul[e]n flujos socioproductivos endolocales, rearticulándolos como fragmentos territoriales subordinados a procesos productivos de alcance global (...) que implican una expropiación de la diversidad ecoterritorial y sociocultural de los lugares" (Machado, 2011).
- b) En el económico, en tanto que se produzcan cuantiosas transferencias al exterior por concepto de regalías que no correspondan al valor de oportunidad del agotamiento de un capital natural no renovable de propiedad estatal o por el goce de tratos preferenciales de índole tributaria, por ejemplo, que implican un intercambio desigual con el exterior por concepto de la exportación de RNNR como los minerales en detrimento de los países exportadores (Garay, 2014b).
- c) En el ecológico ante la desigual redistribución internacional de los impactos y disexternalidades de la explotación, agotamiento y exportación de minerales no debidamente compensados en los países exportadores por parte de las empresas transnacionales, lo que lleva a la acumulación de una deuda ecológica no saldada por parte de los países importadores de minerales en favor de los países exportadores (en la perspectiva de la economía ecológica) por la ausencia de un sistema de justicia ambiental transnacional (Garay, 2013c y 2014b).
- d) En el político en razón de que, según Machado (2011), "en el contexto contemporáneo de extrema fragilidad ambiental –agravada por la continuidad de la voracidad consumista requerida y alentada para sostener la acumulación–, los procesos de expropiación y apropiación ecológica resultan (sic) los medios de producción por excelencia de la dominación propiamente biopolítica: la expropiación de los territorios

3 A propósito del estilo implantado en Colombia y varios países de América Latina en las últimas décadas, para no remontarse a tiempos anteriores, como se ha venido analizando en esta serie Minería en Colombia de la Contraloría General de la República.



–como expropiación de los bienes y servicios comunes de la naturaleza (agua, suelo, aire, energía) (...)” (Garay, 2014b, pp. 24-25).

Por supuesto, en buena medida estos impactos y conflictos transnacionales son susceptibles de ser tratados en el marco de un sistema complejo de justicia socioecológica transnacional como el referido en la sección anterior.

Reprimarización de la economía colombiana alrededor de recursos naturales no renovables bajo un modelo neoextractivista⁴

La economía colombiana ha venido sufriendo cambios estructurales en las últimas décadas hacia una reprimarización centrada en la minería, petróleo e hidrocarburos, y terciarización alrededor de servicios financieros, acentuada con una relativa desagriculturización y desindustrialización. Como lo muestra Espitia (2014), en la medida en que la minería (incluyendo minerales, petróleo y gas) aumentaba su participación en el PIB de un 2% en el último quinquenio de los años setenta, a 4 y 4,5% en las décadas de los ochenta y noventa, hasta cerca de un 8% en la primera década de los 2000; y los servicios financieros también la incrementaban del 13 al 14 y 16, y hasta el 18%, respectivamente; en marcado contraste con la respectiva participación de la agricultura y ganadería que disminuyó progresivamente del 23 al 18, 13, y hasta el 8%; y de la industria manufacturera del 22 al 17 y 14%, y hasta el 13%.

Entre los rasgos distintivos del modelo minero prevaleciente en el país, cabe destacar (Garay *et al.*, 2013, 2014a y 2014b):

1. Colombia, junto con Perú y, en menor medida, Argentina y Chile, son los países en los que la participación del Estado en la renta minera es la más baja comparada con los demás países de la región. En efecto, la relación entre ingresos fiscales y valor agregado en el caso de minería, petróleo e hidrocarburos durante el periodo 2007-2011 fue de un 16% en Colombia, 22 y 23% en Chile y Argentina, 42% en Bolivia y hasta 77% en México (Cepal, 2012).

En el caso de Colombia ello se debe, al menos en parte, a que mientras la tasa nominal del impuesto a la renta es del 33%, la tasa efectiva promedio en el caso de la minería resulta cercana al 17% (una vez eliminadas ciertas deducciones especiales en 2011, lo que se compara con un nivel de un 20% en el caso de petróleos e hidrocarburos) como consecuencia de la diversidad de deducciones, exenciones y descuentos autorizados a través del Estatuto Tributario. Esta es una razón determinante de que los impuestos y regalías de las empresas mineras no lleguen sino a un 4% del total de los ingresos del Gobierno Nacional Central, en comparación con un 22% en el caso de empresas petroleras y de hidrocarburos (con

4 Esta sección y la siguiente se basan, en buena medida, en Garay (2014a) y en Garay *et al.* (2014a).

la importante participación de una empresa estatal como Ecopetrol) (Rudas y Espitia, 2013). Consecuentemente, se destaca que en el periodo 2006-2011 los aportes del petróleo a los impuestos nacionales fueron 7,5 veces mayores que los de la minería, lo que se acentúa aún más por el hecho de que el valor de las regalías pagadas también resultara 5 veces mayor (Rudas, 2014).

2. El aporte neto de la *minería formal* al *empleo formal* en Colombia no es tan decisivo en comparación con sectores como la agricultura e incluso la industria, en razón a la muy elevada intensidad de capital de la explotación minera a gran escala⁵, con el agravante de que la minería ha venido desplazando en la última década a sectores generadores de empleo como la misma agricultura y la industria.
3. Aunque es indiscutible el impacto en balanza de pagos por la inversión extranjera ingresada a Colombia para el desarrollo de proyectos mineros (cerca a los US\$2200 millones al año en el último trienio, en comparación con US\$5100 millones en petróleo e hidrocarburos), especialmente de gran escala a cargo de empresas internacionales, y por las exportaciones de minerales (del orden de US\$12000 millones al año en el último trienio, en comparación a US\$22000 millones de petróleo e hidrocarburos), infortunadamente los impactos cambiarios de la minería para el país, en términos económicos (de oportunidad) y no meramente contables, resultan ser ampliamente negativos en una perspectiva perdurable (Espitia, 2014), ante el régimen cambiario excepcional que cobija a las empresas mineras internacionales, que les permite no ingresar ni monetizar el valor total de las exportaciones (a diferencia de lo aplicado en otros sectores) sino solamente la suma que requieran para el pago de nómina y adquisición de bienes y servicios en el país, la cual constituye una muy baja proporción de sus ventas en el exterior al tener muy escasos encadenamientos con la economía nacional, entre otros factores.
4. Las comunidades ubicadas en las zonas de influencia predominantemente minera en el país conviven con la generación de riqueza gracias al aprovechamiento de un recurso público no renovable, aunque apropiada en buena medida por las compañías mineras, sin usufructuar de las condiciones de vida (a pesar de las coberturas nominales de servicios públicos como los de educación y salud, pero servicios distinguidos por su muy baja calidad y pertinencia) ni la calidad institucional, no solamente de comunidades en municipios no mineros de mayor desarrollo relativo en el país, sino incluso de comunidades en aquellos municipios con predominancia petrolera y de hidrocarburos. Ello hasta el punto de que en varios municipios donde se desarrollan proyectos de gran minería la comunidad vive aún peor que en municipios cocaleros (Rudas y Espitia, 2013b).

5 Por supuesto, la intensidad de mano de obra es mayor en la minería no legal, por lo que ante su crecimiento en los últimos años es evidente que el empleo generado por la minería en su conjunto sería claramente mayor.



5. Una proliferación de conflictos generados entre normas y decisiones sobre el ordenamiento ambiental y territorial y la minería, entre los intereses de extracción minera y el uso, disfrute y conservación del territorio ancestral por parte de los pueblos y comunidades étnicas, y entre la minería y las actividades agrícolas y derechos campesinos como agravante de los históricos problemas agrarios en el país.

Además, como lo señalan Garay *et al.* (2013c), sobresalen otros de diversa índole como:

(...) conflictividad interinstitucional, ineffectividad del Estado en el control soberano de unos recursos públicos no renovables que le ha sido asignado por normas supremas, normatividad segmentada y vulnerada por privilegios excluyentes que benefician a ciertos particulares, debilidad institucional con graves deficiencias en materia de control, seguimiento y fiscalización, la excesiva tolerancia y discrecionalidad en la aplicación de las cláusulas de caducidad por incumplimientos legales y contractuales, la informalidad e ilegalidad perpetuadas por ausencia de la autoridad minera de buena parte del territorio nacional y consecuente con el fracaso de sus seis planes de legalización minera, y reproducibilidad de grupos al margen de la ley controlando recursos estratégicos en zonas aisladas, enfrentadas al Estado y lucrándose de rentas extraordinarias generadas por su explotación para financiar sus actividades al margen de la ley.

6. Todo ello es concordante con la prevalencia de un *modelo minero neoextractivista de tipo enclave* en la medida en que más del 90% de los minerales explotados son exportados sin mayor encadenamiento productivo en el país (ya que su baja demanda interna se concentra básicamente alrededor del sector transporte y de servicios financieros, pero no de sectores manufactureros), a cargo especialmente de grandes empresas, casi todas extranjeras, usufructuarias de un régimen cambiario excepcional, aparte de importantes deducciones y tratos preferenciales en el ámbito tributario y, en buen número de casos, con importantes impactos negativos sobre el medioambiente y ecosistemas en algunas regiones del país, sin que el Estado asegure el pago de debidas compensaciones a cargo de las empresas y entidades responsables, lo que ha llevado a la configuración de severos daños ambientales y pérdidas patrimoniales para la nación.
7. Una de las múltiples consecuencias de implantar el modelo neoextractivista, muy especialmente bajo una institucionalidad estatal débil, capturada y/o cooptada por intereses de agentes privados aun a costa de intereses públicos/colectivos en una perspectiva perdurable, como ocurre en el caso de Colombia (Garay *et al.*, 2014), es la socioecológica/ ambiental ante la presencia de ecosistemas y biodiversidad de destacada fragilidad y baja resiliencia.

Así, por ejemplo, el reciente *V Informe Nacional de Biodiversidad de Colombia* ratifica la tendencia de pérdida de especies y hábitats observada desde hace ya

más de veinte años, con una marcada caída de cobertura vegetal en los últimos años y con un costo estimado del deterioro ambiental cercano al 3,5% al año (Colmenares, 2014). Complementariamente, el Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (2014) muestra en el *Atlas sobre Seguridad Alimentaria, Desastres y Cambio Climático* que Colombia es uno de los países más expuestos al cambio climático en la región. Es más, el mismo Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático resalta que:

La mayoría de los desastres en Colombia se deben a las variaciones del clima. El 90% de las emergencias reportadas para el periodo 1998-2011 en el país (13.624 en total), se relacionan con fenómenos hidroclimatológicos y otros asociados. (...) Se estiman aumentos en la temperatura media del orden de 1,4, 2,4 y 3,2 grados centígrados para los periodos 2011-2040, 2041-2070 y 2071-2100, respectivamente. (...) Finalmente, se proyecta una reducción de la humedad relativa del suelo entre el 1,8% y 5% en los escenarios evaluados hasta el periodo 2071-2100 (p. 7).

Ello en el marco de una política ambiental en el país que, según Ghul (2014), ha pasado de una etapa conservacionista a una de desarrollo sostenible con la Constitución de 1991 y luego a una de “privatización de la gestión ambiental” en los últimos doce años a través de la supuesta “responsabilidad social empresarial”. Y todo en medio de la ausencia de un verdadero ordenamiento social de la propiedad y el uso del suelo y subsuelo en el país (ver: Garay, 2013a y 2014b).

Por todo lo anterior, no resulta gratuita la posición claramente crítica de la política ambiental esbozada en el último informe de la OECD sobre Colombia (2014), al punto de afirmar que: “El aumento de la extracción de recursos naturales no renovables (...) es también una de las causas principales de la contaminación del suelo y el agua, de degradación de ecosistemas sensibles y de graves daños a la salud humana”. Por lo que aboga por una mejor gestión de los impactos ambientales de la minería.

Elementos básicos de un modelo minero integral alternativo⁶

En el marco de un modelo de desarrollo incluyente y sostenible social y medioambientalmente ha de superarse el modelo minero neoextractivista de tipo enclave imperante en los últimos años en el país, para avanzar hacia un modelo minero integral desde la perspectiva de un sistema complejo, bajo principios y postulados básicos, entre los cuales se mencionan algunos como los siguientes:

1. La minería como sistema complejo que, no obstante y a pesar de que los minerales en su condición de recursos naturales no renovables (RNNR) son de estricto carácter público, de propiedad del Estado y, por ende, parte del patrimonio nacional, no ha de revestir el *carácter general de utilidad*

⁶ Para mayor detalle, el lector interesado puede consultar a Pardo *et al.*, 2014 (en Garay *et al.*, 2014).



pública e interés social tanto con respecto al estatus de otras actividades de especial consideración constitucional como la producción de alimentos para la seguridad alimentaria (en contraste a como se concibe la minería en el actual Código Minero), como también a la preponderancia de derechos fundamentales como el derecho a gozar de un ambiente sano estipulado en la Constitución de 1991.

El desarrollo minero ha de aportar/consultar debidamente en el perfeccionamiento de un ordenamiento socioecológico del territorio que asegure la conservación/resiliencia⁷ de los ecosistemas y las estructuras ecológicas principales, sustentado en análisis técnicos tanto sobre los impactos combinados de diferentes actividades en el suelo y el subsuelo como sobre el uso del territorio bajo los principios de resiliencia, integralidad y resistencia, y de beneficio social, ambiental y ecológico de largo plazo. Esto exige, entre otros, el fortalecimiento institucional minero y ecoambiental, la acción combinada y armónica de diversas instituciones involucradas, la mejora en el conocimiento técnico sobre la riqueza del subsuelo y sobre los impactos y los riesgos de imprevistos asociados con la explotación minera (con el concurso de centros de investigación especializados, públicos y privados), y la activa participación bien informada de las comunidades en los territorios.

2. En cumplimiento del deber y responsabilidad del Estado como propietario de los RNNR, se deberá derogar el principio casi colonial (o feudal): “primero en el tiempo, primero en el derecho” para la concesión de títulos mineros en el país. Para ello, el Estado ha de garantizar el levantamiento de un verdadero y riguroso catastro nacional (todavía inexistente para la totalidad de territorios) sobre los RNNR en el subsuelo como requisito para implantar un principio racional de política pública para el otorgamiento de títulos mineros bajo criterios y valoración objetivos como el “del mejor postor” en el propósito de asegurar el mayor beneficio integral a la sociedad.

En contraste con el caso de la minería, el método de valoración “del mejor postor” es, precisamente, el aplicado para proyectos petroleros y de hidrocarburos en Colombia. Una de las razones reside en la existencia de Ecopetrol que para su operación como empresa estatal petrolera (en ocasiones en asociación con empresas extranjeras) ha intervenido directamente en la gestión del conocimiento sobre la localización y monto de reservas petroleras y sus condiciones ecológicas, entre otras, lo que en la práctica ha llevado a la concreción de un avanzado catastro petrolero y de hidrocarburos en poder del Estado colombiano.

3. El desarrollo de una minería necesaria a través de proyectos que garanticen para el país una relación costo-beneficio neta positiva en el conjunto de los ámbitos económico, social, medioambiental y cultural.

⁷ E integralidad y resistencia de los ecosistemas.

Es decir, no solamente que los proyectos mineros sean rentables para el Estado en términos económicos, sino que sus impactos negativos sociales y en el ambiente/ecología sean prevenidos y/o reparados oportuna y debidamente, con las consecuentes compensaciones a que dieran lugar tanto a las comunidades afectadas como al Estado por parte de las empresas (especialmente ante la imprevisibilidad de diversos efectos de la minería).

Ello implica la necesidad de contar con una institucionalidad sólida técnicamente en cabeza de una instancia estatal, pero no de forma exclusiva del Ejecutivo central, para la formulación de las metodologías y protocolos de evaluación integral, la fiscalización y seguimiento de las evaluaciones realizadas por las entidades gubernamentales responsables, y la supervisión de las decisiones de aprobación (o no) de proyectos mineros, con referencia especial a los de mediana-grande y gran minería.

Una evaluación integral de esta naturaleza ha de implantarse aun para la concesión de títulos mineros para la exploración minera, en contraste con el régimen actual que no exige la aprobación de licencia ambiental a pesar de los importantes impactos de diversa índole que trae frecuentemente esta etapa del sistema minero.

De esta manera se evitaría no solamente la aprobación de proyectos no beneficiosos para el país, sino además la concesión de expectativas de derecho a numerosos agentes y empresas de manera discrecional, sin debido sustento técnico y sin fiscalización alguna por parte de una instancia gubernamental insuficientemente capacitada, con las consecuencias que ello puede deparar en términos tanto de riesgos y daños ecológicos/medio-ambientales y sociales como de inseguridad jurídica para privados (a los que después de la etapa de exploración no se les llegue a aprobar la licencia ambiental para el desarrollo del proyecto extractivo) y para el Estado (ante eventuales demandas en estrados nacionales e internacionales por el supuesto incumplimiento de expectativas de derecho derivadas del otorgamiento de títulos mineros por parte de las autoridades responsables). En este punto, no debe olvidarse que entre los años 2002 y 2010 se concedieron cerca de 8000 títulos mineros en el país (con una cobertura de 3,9 millones de hectáreas), incluso en zonas de reserva y protección ambiental (como páramos) y en territorios ancestrales. Hoy en día se ha acumulado un total de 9000 títulos mineros aprobados para un área de 5,3 millones de hectáreas.

4. La consecución de una renta minera a favor del Estado que retribuya debidamente (como contraprestación para utilizar la definición constitucional) la explotación y consecuente agotamiento de un RNNR que constituye un verdadero capital físico no renovable para el país, y no solamente un mero y corriente insumo intermedio.



En este sentido, se debe ajustar el sistema de regalías tanto en la definición de tasas de referencia para lograr una retribución acorde con la depreciación del capital natural no renovable, como en la aplicación de tasas variables para determinadas fases del ciclo de precios internacionales, buscando asegurar que el Estado pueda participar debidamente de parte de las extragranancias de la exportación de minerales en periodos de bonanza. También deben eliminarse deducciones y tratos preferenciales sin debida justificación social concedidos a favor de empresas mineras en los regímenes tributario y cambiario.

Y todo ello en provecho del margen disponible en el país respecto a otros países y sin atentar indebidamente en contra de la rentabilidad de las inversiones, al punto de que podría plantearse aumentar sustancialmente los niveles actuales de tributación neta a favor del Estado colombiano (desde una tasa efectiva del 17% hacia una del 25%) y de regalías, pudiendo llegar a alcanzarse aportes superiores al 7% en conjunto en los ingresos fiscales de la nación (de cerca de un 4% en la actualidad).

5. La superación de un sistema minero de *enclave* con el propósito de auspiciar encadenamientos productivos con diferentes sectores, como los manufactureros, que contribuyan a la activación productiva en el marco del modelo de desarrollo incluyente, sostenible y transformador en referencia.
6. La adopción de un sistema de justicia socioecológica que aparte de reforzar el enjuiciamiento de las acciones Estado-corporativas constitutivas de delitos según la legislación penal, brinde especial importancia a la construcción de una memoria societal (o justicia anamnética) de faltas u omisiones del Estado y de las empresas que sin ser acciones ilegales en sentido estricto, constituyen anomalías que generan/reproducen graves daños sociales. Para ello se ha de avanzar en una adecuación jurisprudencial sobre derechos fundamentales (y su jerarquización en aquellos casos en que resulte necesario), en la exigibilidad y judicialización de derechos fundamentales, y en la fiscalización institucional y ciudadana de la observancia de derechos (como los socioecológicos, ejemplificados, entre otros, en el derecho a un ambiente sano) y del cumplimiento de los fines esenciales de un Estado social de derecho como lo estipula la Carta de 1991.

Por último, conviene resaltar que si bien el modelo extractivo petrolero en el país no adolece de algunas de las graves falencias del modelo minero, claramente sufre de serias anomalías/deficiencias en términos de poder asegurar la resiliencia, integralidad y resistencias de los sistemas socioecológicos en los que interviene, que han de ser corregidas drásticamente ante el auge y la extendida presencia de licencias y pozos en explotación a lo largo del país.

Bibliografía

Colmenares, R. (mayo 23 de 2014). De espaldas a la crisis ambiental. *Semanario Virtual Caja de Herramientas*.

DNP, MinAmbiente, Ideam y NGRD. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático*.

Espitia, J.E. (2014a). *Algunas enseñanzas de la reforma tributaria de Chile*. Inédito.

Espitia, J.E. (2014). La distribución regional de la actividad agrícola, minera y no minera en Colombia, 1975-2012. En: Garay, et al., *Minería en Colombia*, vol. 4. Bogotá: Contraloría General de la República (en publicación).

FMI. (2014). *El FMI concluye la Misión a Colombia sobre la Consulta del Artículo IV de 2014*. En www.imf.org.

Garay, L. J. (2014c). Una reflexión en torno a faltas u omisiones Estado-corporativas causantes de daño social desde la perspectiva de una nueva epistemología de la criminología. A propósito de la búsqueda de una justicia socio-ecológica transnacional. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*, vol. 4. Bogotá: Contraloría General de la República.

Garay, L. J. (2014b). Minería como sistema complejo, gobernanza adaptativa y ecología política. A propósito del paradigma de la transdisciplinariedad. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo alternativo*, vol. 3. Bogotá: Contraloría General de la República.

Garay, L. J. (2014a). *Hacia un modelo de desarrollo socialmente incluyente, sostenible y transformador en Colombia. A propósito del denominado posconflicto*. Barcelona.

Garay, L. J. (2013c). Economía ecológica, ecología política y justicia ambiental, y neo-institucionalismo. Algunas aproximaciones para el análisis de la problemática alrededor de la explotación de los RNNR. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, vol. 2. Bogotá: CGR.

Garay, L. J. (2013b). *Aspectos programáticos del ordenamiento social de la propiedad rural en Colombia*. Bogotá: UPRA, Corporación Misión Rural.

Garay, L. J. (2013a). Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza*, vol. 1. Bogotá: Contraloría General de la República.



Garay, L. J. et al. (dir.). (2014). *Minería en Colombia. Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo alternativo*, vol. 3. Bogotá: Contraloría General de la República.

Garay, L. J. et al. (dir.). (2013). *Minería en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, vol. 2. Bogotá: CGR.

Ghul, E. (2014). *Evolución del Ministerio de Medio Ambiente en los últimos veinte años*. Bogotá: Fescol, Foro Nacional Ambiental.

Innerarity, D. (2013). *Un mundo de todos y de nadie. Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*. Barcelona: Espasa.

Machado, H. (2011). El auge de la minería transnacional en América Latina. De la ecología política del neoliberalismo a la anatomía política del colonialismo. En: H. Alimonda (coord.). (2011). *La naturaleza colonizada. Ecología política y minería en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.

OECD. (2014). *Evaluación sobre el desempeño ambiental de Colombia*.

Pardo, L.A. et al. (2014). Una política integral minera desde la perspectiva de un sistema complejo: hacia un modelo alternativo. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo alternativo*, vol. 3. Bogotá: Contraloría General de la República.

Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (PPMA). *Atlas de Seguridad Alimentaria, Desastres y Cambio Climático. Región Andina*.

Rudas, G. (2014). Revisitando el debate sobre renta minera y *government take*: el carbón a gran escala en Colombia. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo alternativo*, vol. 3. Bogotá: Contraloría General de la República.

Rudas, G., & Espitia, J.E. (2013a). En: L. J. Garay et al. *Minería en Colombia. Derechos, políticas públicas y gobernanza*, vol. 1. Bogotá: Contraloría General de la República.

Rudas, G., & Espitia, J.E. (2013b). La paradoja de la minería y el desarrollo. Análisis departamental y municipal para el caso de Colombia. En: L. J. Garay et al., *Minería en Colombia. Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, vol. 2. Bogotá: Contraloría General de la República.xd

Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap) y el sector minero

*Julia Miranda Londoño**

Introducción

Las áreas protegidas generalmente se perciben como barreras al desarrollo económico del país; sin embargo, por sus importantes aportes a la economía y al bienestar de la población son protagonistas y motores del mismo. Para resaltar su contribución se puede mencionar que las áreas protegidas son la respuesta más efectiva que tiene la sociedad a los problemas más importantes de nuestra generación: la seguridad alimentaria, el cambio climático y la provisión de agua potable.

Con respecto al agua potable se puede resaltar que el servicio hidrológico que prestan las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) se ha valorado en 4,4 billones de pesos adicionales al producto interior bruto (PIB) del país (PNN, 2013), sustentado en el abastecimiento de agua a más de la mitad de la población, a la generación de energía eléctrica, al abastecimiento a distritos de riego, entre otros. Cada locomotora de crecimiento necesita agua para lograr sus metas. Por otro lado, el servicio de regulación es más destacado en época seca, cuando las áreas protegidas aportan hasta un 30% adicional de agua. Esta valoración del aporte de las áreas protegidas a la economía es todavía insuficiente e incompleta pues faltan otros servicios vitales como la polinización para la generación de alimentos, reconociendo que más del 80% de los cultivos dependen de polinizadores y la mitigación y adaptación al cambio climático, donde los ecosistemas cumplen un rol fundamental para evitar riesgos naturales y los bosques del Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) retienen más de 2,3 millones de toneladas de CO₂. Este aporte será más amplio si se considera en su totalidad el papel que juega el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

* Directora General de Parques Nacionales Naturales de Colombia.



2. Contexto

Las dos principales funciones de Parques Nacionales Naturales de Colombia son¹ administrar el Sistema de Parques Nacionales Naturales (58 áreas) y coordinar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Un 'área protegida' es un área que cumple con tres requisitos: contar con límites geográficos, con una autoridad o actor que administre el área y con objetivos de conservación de la biodiversidad. Las áreas protegidas son la estrategia más importante que se tiene para conservar la biodiversidad *in situ* del país. El Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap) es la unión de tres elementos fundamentales que contribuyen al logro de los objetivos de conservación de biodiversidad del país: las áreas protegidas, los actores sociales e institucionales y sus instrumentos de gestión.

Para junio de 2014 se registran 628 áreas protegidas del Sinap² en total para Colombia, esto representa más de 17.000.000 de hectáreas protegidas en el país. En total son 7 categorías, donde las más estrictas en conservación son las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales y los Parques Nacionales Regionales. Estas dos categorías, sumadas a las Reservas Forestales Protectoras, están excluidas de las actividades mineras.

Toda la información documental de las áreas protegidas del país se encuentra en el Registro Único Nacional de Áreas Protegidas (Runap)³, de libre acceso para cualquier ciudadano. En los últimos años se ha evidenciado la tendencia cada vez más creciente de ubicar la actividad sectorial (minería, hidrocarburos, energía eléctrica, agropecuario, turismo, etc.) alrededor, e incluso al interior, de las áreas protegidas. Esto genera dos situaciones: en primer lugar, presiones en las que es necesario actuar para prevenir, mitigar, corregir o compensar y, en segundo lugar, oportunidades a partir de inversiones voluntarias u obligatorias en conservación por el sector privado, implementación de Buenas Prácticas Ambientales e inclusión de estos temas en la política de sostenibilidad de la empresa, para promover trabajos en conjunto, por ejemplo.

3. Problemática

A pesar de la existencia del marco normativo, que protege a las áreas protegidas más estrictas en conservación, se han identificado 709 títulos otorgados en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap) de los cuales actualmente se identifican 255 títulos otorgados en áreas excluidas de la minería (artículo 34 de la Ley 685/01) y de estos 36 corresponden a áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. Esta situación genera una alerta de urgencia para

1 De conformidad con el Decreto No. 3572 de 2011.

2 Fuente: Runap.

3 Artículo 24 del Decreto No. 2372 de 2010.

resolver por el Gobierno nacional, donde el panorama más crítico se ubica en la región de los Andes Nororientales, donde se encuentran los Parques Nacionales Naturales con mayor número de títulos otorgados en zonas aledañas, muchas de ellas siendo en ecosistemas de páramos. De igual forma, se destaca el proceso de declaratoria como nueva área del Sistema de Parques Nacionales Naturales a la serranía de San Lucas, que se encuentra dentro de la Reserva de Recursos Naturales Temporales establecida en la Resolución No. 705 de 2013⁴, y donde a su vez se encuentran importantes intereses en la explotación de oro.

Existe evidencia del impacto ambiental que se genera por la minería en zonas aledañas a las áreas protegidas y que puede afectar los objetivos y los valores objeto de conservación de las mismas: deterioro en la calidad del agua por drenajes ácidos de mina, degradación de suelos por apertura de socavones, muerte de flora y fauna por vertimientos de la minería, intervención de cursos de agua, pérdida de cobertura vegetal y tala de bosques por campamentos y maquinaria, minería ilegal a lo largo de los ríos Putumayo y Caquetá con uso de dragas, etc.

4. Marco normativo de exclusión de la minería en áreas protegidas

Con la promulgación de la Ley 2 de 1959 denominada “Sobre economía forestal de la nación y conservación de los recursos naturales renovables”, se establecieron los principios básicos para crear Parques Nacionales en Colombia con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales. Esa ley mediante el artículo 13 adoptó por primera vez la figura de Parque Nacional Natural con el fin de conservar la flora y la fauna nacionales y facultó al Gobierno nacional para que por medio de decreto del Ministerio de Agricultura –previo concepto favorable de la Academia de Ciencias Exactas y Físicas– delimitara y reservara de manera especial zonas del país en sus distintos pisos térmicos como áreas de utilidad pública.

Posteriormente, con la expedición del Código de los Recursos Naturales Renovables (Decreto Ley 2811 de 1974) surge la figura de áreas de manejo especial⁵ cuando la misma disposición desarrolla el contenido del artículo 47 del mismo código, mediante el cual se define el régimen de reservas de los recursos naturales renovables:

Sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros o de las normas especiales de este Código, podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de Recursos Naturales Renovables de una región o zona cuando

4 Por medio de la cual se proroga el término de duración de las Reservas de Recursos Naturales establecidas por la Resolución 705 de 2013.

5 “Aquellas que se delimitan para administrar, manejar y proteger el ambiente y los recursos naturales renovables” (Decreto Ley 2811 de 1974).



sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos.

Lo anterior determina que las denominadas áreas de manejo especial son una especie de las reservas de recursos naturales renovables.

Por otro lado, la Carta Política y su desarrollo jurisprudencial establece procedimientos sistemáticos de interpretación de las normas especiales que rigen el Sistema de Parques Nacionales Naturales, privilegiando el interés público que conlleva la función de conservación representado en el ejercicio del derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente mediante la conservación de áreas de especial importancia ecológica. En efecto, la Constitución Política establece el siguiente articulado que se constituye en la base de las actuaciones públicas, específicamente en el tema de conservación del medio ambiente:

Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Artículo. 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano.

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

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Ahora, la Corte Constitucional ha señalado que mediante el Sistema de Parques Nacionales Naturales, tal y como lo reconoce la doctrina⁶, se delimitan áreas que por los valores de conservación de sus ecosistemas o por sus condiciones especiales de flora y fauna, representan un aporte significativo para la investigación, educación, recreación, cultura, recuperación o control, no solo de nuestro país, sino en general del patrimonio común de la humanidad. Al respecto, en Sentencia C-649 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), esta corporación manifestó:

Debe precisar la Corte, en primer término, cuál es el alcance de la regulación contenida en el artículo 63 de la Constitución. Con este propósito observa que esta norma distingue entre: bienes de uso público; parques naturales; tierras comunales de grupos étnicos; tierras de resguardo; patrimonio arqueológico de la nación, así como otros bienes determinados por el legislador, que

6 Véase: Valencia Zea, A. (2001). *Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo II. Bogotá: Temis.

tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables. // Se equivoca el demandante, cuando asimila los bienes de uso público a que alude el artículo 674 del Código Civil, con los demás bienes que menciona la referida disposición constitucional, es decir, tanto los allí determinados, como otros que la ley pueda afectar con las limitaciones antes mencionadas.

En ese sentido, manifiesta que el sistema ambiental que ha configurado la Constitución fue una respuesta del Constituyente frente al preocupante y progresivo deterioro del ambiente y de los recursos naturales renovables. Ello explica la necesidad de salvaguardar para las generaciones presentes y futuras los elementos básicos que constituyen el sustrato necesario para garantizar un ambiente sano, mediante la preservación y restauración de los ecosistemas que aún perviven. Desde esta perspectiva, la Corte ha reconocido el carácter ecológico de la Carta de 1991, el talante fundamental del derecho al medio ambiente sano y su conexidad con el derecho fundamental a la vida (artículo 11)⁷, que impone deberes correlativos al Estado y a los habitantes del territorio nacional.

En tal virtud, la Corte entiende que la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al Sistema de Parques Nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los Parques Naturales, reconocida en el artículo 63, debe entenderse en armonía con los artículos 79 y 80, en el sentido indicado antes: que las áreas o zonas integrantes de los Sistemas de Parques Nacionales no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación. En tales condiciones, ni el legislador ni la administración facultada por este pueden apartarse de ello.

En cuanto se refiere a la categoría de Parque Natural Regional, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del numeral 16 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 que disponía en cabeza de las Corporaciones Autónomas Regionales, entre otros aspectos, la facultad de sustraer los parques naturales de carácter regional, declaró inexecutable la expresión “o sustraer” y executable la expresión “Parques Naturales de carácter regional” contenida en dicha norma.

De esta manera, la Corte Constitucional consideró (teniendo como punto de partida la definición de Parque Natural Regional prevista por el Decreto 2372 de 2010) que los valores naturales y culturales asociados a estas áreas se ponen al alcance de la población humana con un propósito determinado que consiste en destinarlos a su preservación, restauración, conocimiento y disfrute, siendo claro que dichas áreas resultan claves para la conservación del medio ambiente.

En este sentido, según manifestación expresa de la Corte: “Urge considerar la necesidad de preservar de manera íntegra las zonas protegidas y no fraccionarlas ni intervenirlas, pues con ello se afecta la dinámica natural de estos espacios y

⁷ Sentencias T-092 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, y C-671 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.



se vulneran los atributos que caracterizan su biodiversidad”. Por lo anterior, debe precisarse que la actividad minera al interior de todos los tipos de áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales, y la categoría de Parque Natural Regional, se encuentra totalmente prohibida, esto conforme a lo establecido en el Decreto 622 de 1977⁸ y en el artículo 34 de la Ley 685 de 2001.

En efecto, la primera de las normas enunciadas en cuanto se refiere a las áreas del Sistema de Parques Nacionales establece que se prohíbe la actividad minera por traer como consecuencia la alteración del ambiente natural de las áreas del Sistema de Parques, y la segunda dispone que no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Así, estas zonas de exclusión han sido constituidas, y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, entre otras.

Debe recordarse el mandato expreso que trae el artículo 36 de la Ley 685 de 2001, cuando señala que en los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho las zonas, terrenos y trayectos en los cuales está prohibida la actividad minera. Dispone que si dichas zonas y terrenos fueren ocupados por obras o labores del concesionario, la autoridad minera ordenará su inmediato retiro y desalojo sin pago, compensación o indemnización alguna por esta causa. Lo anterior, sin perjuicio de las actuaciones que inicien las autoridades competentes en cada caso, cuando a ello hubiere lugar. Sobre esta última disposición la Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002 se pronunció en los siguientes términos al examinar su constitucionalidad:

La expresión “de conformidad con los artículos anteriores” es inconstitucional porque limita las zonas de exclusión y restricción a lo determinado estrictamente en la Ley 685 de 2001, con lo cual se desconoce el límite constitucional impuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución, permitiendo una exploración y explotación minera indiscriminada de áreas que no se encuentren comprendidas en la mencionada ley. De un parte, desconoce las leyes vigentes que protegen zonas distintas de los Parques Nacionales Naturales, los parques naturales regionales y las reservas forestales; y de otra, *cierra la posibilidad de que le sean oponibles leyes posteriores que establezcan nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera, por razones ambientales y de protección de la biodiversidad. (...).*

En este orden de ideas, la expresión “de conformidad con los artículos anteriores” atenta contra los principios de la Constitución de 1991, de una legislación minera enmarcada en la protección del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad como objetivo esencial, al desconocer la gran cantidad de ecosistemas del país, y el amparo legal por normas vigentes o que eventualmente podría producir el legislador hacia el futuro (...). (Cursivas fuera del texto).

8 Numeral 3, artículo 30.

Con este pronunciamiento de la Corte Constitucional se considera zanjada la discusión sobre los efectos de la declaratoria de áreas protegidas frente a la actividad minera, por cuanto es claro que la autoridad ambiental con base en la normatividad que rige la materia podrá declarar nuevas áreas protegidas de especial importancia ecológica, cuya declaratoria será oponible a los particulares y a las actividades del Estado sin que por tal efecto deba responder ante el particular con indemnización alguna, por cuanto en ningún caso se está causando daño antijurídico alguno, toda vez que el concesionario asume el contrato con las condiciones y en los términos establecidos en la ley.

Así mismo, la Corte deja claro que el establecimiento de las zonas de exclusión es una competencia exclusiva de las autoridades ambientales. Para ello, el artículo 34 del Código de Minas establece un deber de colaboración en cabeza de la autoridad minera, frente a lo cual la Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002, condicionó su constitucionalidad en el siguiente sentido:

Se hace necesario para la Corte señalar que la autoridad minera tiene el deber de colaborar con la autoridad ambiental, pero que este deber de colaboración no limita ni condiciona el ejercicio de la competencia de la autoridad ambiental quien es la que puede establecer las zonas de exclusión; por esta razón en la parte resolutive se condicionará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 34 de la Ley 685 de 2001.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional respecto de la aplicación del principio de precaución en el establecimiento de zonas de exclusión minera, a que hace alusión la Ley 685 de 2001 en su artículo 34, incisos 3 y 4, advirtió que:

Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

En Sentencia C-293 de 2002, la Corte Constitucional declaró constitucional el principio de precaución contenido en la Ley 99 de 1993 y señaló que con su aplicación no se violan los artículos constitucionales relacionados con trabajo, propiedad, derechos adquiridos, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta.

5. Áreas de reserva temporal de recursos naturales

El artículo 47 del Código de Recursos Naturales⁹ prevé la posibilidad de declarar reservada una porción determinada o la totalidad de recursos naturales de una

9 Decreto Ley 2811 de 1974.



región o zona para adelantar programas de conservación o preservación de estos recursos y del ambiente. Por su parte, el artículo 34 del Código de Minas señala que no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación minera en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente, como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, y que de acuerdo con las disposiciones legales excluyan dichos trabajos y obras.

En la actualidad el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible identificó, con base en estudios técnicos, zonas que requieren ser reservadas hasta tanto se culminen los estudios y se adelanten los procedimientos para su delimitación y declaratoria definitiva. Con base en el principio de precaución y ante la apertura para la recepción y otorgamiento de nuevas solicitudes de títulos mineros, se hizo necesario fijar lineamientos para que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible delimitara de manera temporal una reserva de recursos naturales sobre aquellas zonas que han sido identificadas como zonas excluibles de la minería en los términos del artículo 34 de la Ley 685 de 2001, adicionada por la Ley 1450 de 2011, y en las cuales la autoridad ambiental, con la colaboración de la autoridad minera, deberán adelantar delimitaciones o declaraciones definitivas que las excluyan de las actividades mineras.

De esta manera, se expide el Decreto 1374 del 27 de junio de 2013 en el que se ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible identificar áreas de Reserva de Recursos Naturales de manera temporal.

A su turno, a través de la Resolución 705 de 2013, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible establece Reservas de Recursos Naturales Temporales en las que se incluyen, entre otras, las prioridades de conservación contenidas en el Documento de Política Conpes 3680 de 2010, el polígono de ampliación Parque Nacional Natural Chiribiquete, y áreas de conservación de recursos hídricos, pastos marinos en zonas marino costeros, ecosistemas de bosque seco tropical.

Mediante la Resolución 761 de 2013, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible adopta la cartografía oficial, con un total de área reservada de 10.684.777 ha, y con la Resolución 1150 del 15 de julio de 2014 se prorroga el término de duración de las Reservas Temporales, con un área reservada de 4.567.734 ha.

6. Reflexiones y desafíos

En este contexto se proponen las siguientes reflexiones:

- La Contraloría General y Procuraduría General de la Nación han insistido en implementar los efectos de la exclusión de pleno derecho (artículo 36 C. M.) y la caducidad de los títulos mineros (artículo 112 C. M.), para

dar solución a problemática de títulos otorgados en áreas excluidas de la minería.

- La Autoridad Minera ha actuado buscando la renuncia por mutuo acuerdo para la terminación de los títulos mineros. En el caso del título traslapado con Parque Nacional Natural Yaigoje Apaporis, fue demandado.
- La actuación ha sido lenta: títulos en el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) llevan más de cinco años de gestión para su terminación.
- El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con las demás autoridades ambientales deberá buscar la forma más adecuada para licenciar títulos en zonas aledañas a las áreas excluidas de la minería, teniendo en cuenta el concepto de “función amortiguadora” y buenas prácticas.
- Es necesario fortalecer las capacidades técnicas: evaluación y seguimiento de las autoridades ambientales regionales para licenciamiento en zonas limítrofes a las áreas protegidas, ecosistemas estratégicos y otras zonas excluidas de la minería.

Se destacan los siguientes desafíos a futuro:

- Potenciar la figura de Reservas de Recursos Naturales Temporales, coordinación de los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Minas y Energía.
- Valorar el aporte de las áreas protegidas al desarrollo económico del país, caracterización de servicios ecosistémicos.
- Fortalecer el compromiso institucional para controlar y solucionar conflictos sectoriales en áreas protegidas, así como aumentar la apropiación institucional de las áreas protegidas en la planeación sectorial.
- Aumentar la coordinación entre las entidades del Estado para controlar y regular las actividades ilegales sectoriales.
- Armonizar el desarrollo sectorial vs. el ordenamiento ambiental del territorio (minería e hidrocarburos utilidad pública e interés social).
- Fortalecer la información geográfica del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Sinap), en especial prioridades de conservación.
- Potenciar la acción colectiva como autoridades ambientales articuladas en los espacios Sistema Regional de Áreas Protegidas (Siraps):
 - Protocolos de regulación, guías ambientales y buenas prácticas.
 - Portafolios de prioridades de conservación a nivel regional.
 - Canalizar inversiones conjuntas: compensación por pérdida de biodiversidad, inversiones del 1%, Responsabilidad Social Empresarial, entre otros.

Comentarios al panel de minería y áreas protegidas

*Andrés Mauricio Briceño**

En primer lugar, quisiera agradecerle al señor presidente de la Corte Constitucional por la invitación generosa que ha tenido conmigo para este evento. Lo mismo a toda la Corte Constitucional. El aporte que ha hecho la Corte, y lo digo como docente del Departamento de Medio Ambiente de la Universidad Externado, siempre se ha rescatado, y también lo hemos cuestionado, porque para eso es la academia, pero el aporte ha sido sustancial. Ahora bien, como creo que los panelistas son los protagonistas, en lugar de hacer una repetición de las conclusiones voy a señalar algunos puntos que tengo aquí. Voy a hacer las preguntas y voy a lanzar un debate.

Hay cinco puntos que rescato del debate. El primero lo denominaría realidades en contradicción, industria extractiva, actividad minera y protección del ambiente. El segundo aspecto tiene que ver con el control y el modelo legal e institucional para el desarrollo de la actividad minera. El tercer punto es el ordenamiento, diseño institucional y eficacia en la protección del ambiente. El cuarto punto, y este lo han tocado tanto al principio como el final, pero sobre todo resalto la intervención del profesor Luis Jorge Garay, es la indisoluble relación entre la actividad minera y la superación del conflicto. Por último, está el tema de la consulta previa.

Yo lo único que puedo decir desde esta perspectiva es que la protección del ambiente en Colombia es vanguardista pero paradójica, porque muchos habrán escrito sobre Constitución Ecológica, sobre garantías máximas, tenemos sentencias recientes de gran importancia, pero la gran paradoja es la siguiente, y ese es mi único aporte: mientras Colombia no tenga una política ambiental de

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, docente e investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Es actualmente magistrado auxiliar del despacho del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sección Tercera, Consejo de Estado.



Estado no será un país serio en la protección del ambiente. Mientras tengamos una política de Gobierno, es decir, de cada Gobierno, esto no funcionará.

Sobre ese supuesto planteo la primera pregunta: ¿propondría usted, doctor Uprimny, aplicar el principio de precaución a toda la industria extractiva?

Rodrigo Uprimny: Gracias. Lo que creo es que uno puede plantear el tema de moratoria en industria extractiva con consideraciones más políticas que puramente de principio de precaución en el sentido jurídico del término. A mí me parece que el principio de precaución permite plantear moratoria de ciertas prácticas de industria extractiva como el *fracking* que nosotros planteamos o en ciertas zonas como la idea de la moratoria en la Amazonía, porque el elemento fundamental del principio de precaución es que haya argumentos académicos, sólidos, que haya un riesgo inaceptable y que haya debate sobre los mecanismos causales y la probabilidad. Entonces, ahí se invierte la carga de la prueba. Hay que probar que la actividad no es dañina para poderla realizar.

Yo creo que el principio de precaución sirve para ciertas cosas, pero no para sustituir el debate político. El debate sobre la industria extractiva y sobre un modelo extractivo, es un debate fundamentalmente político. Es el debate sobre si queremos un modelo de desarrollo fundado esencialmente en el extractivismo o no. Yo soy muy escéptico de ese modelo extractivo en términos de equidad por ser una industria, como señaló Luis Jorge, intensiva en capital. Tiende a ser regresiva en términos de distribución socioeconómica de la renta, eso simplemente es una ecuación casi matemática de la distribución de la renta: a más intensidad de capital, menor capacidad redistributiva de los sectores, y por eso no hay economías extractivas, con la muy particular excepción de Noruega, particularmente igualitarias. Yo creo que en Colombia el modelo extractivo está en una tensión profunda con la apuesta de la paz. Esa es una de las principales contracciones del Gobierno, que seriamente le está apostando a la paz pero tiene un modelo extractivo que está en tensión con la paz, porque si la paz es territorial tienen que haber territorios que no estén fracturados por las industrias extractivas. El principio de precaución sirve para ciertas cosas pero no sustituye los debates políticos, y para mí el debate del tema de la industria extractiva es esencialmente un debate político del modelo de desarrollo que uno quiere. El principio de precaución sirve para ciertas cosas y ciertos puntos, pero no sustituye todo el debate político.

Andrés Briceño: En el principio de precaución hay un elemento, que lo dijo la Sentencia C-339 del 2002 y lo retoma en recientes jurisprudencias: es la incertidumbre. Creo que en algún momento en el texto del profesor Luis Jorge Garay se habla de ese tema de la imprevisibilidad, la incertidumbre frente a la decisión pública. Cómo resolver el problema de incertidumbre para que aquel que está en el ejercicio de la decisión pública sepa cuál es la mejor, porque no es

un problema solo de incertidumbre absoluta o de pleno desconocimiento, sino incluso de zonas grises. ¿Cómo resolver eso?

Luis Jorge Garay: Este es un tema supremamente complicado. En primer lugar, está la imprevisibilidad, que no es solamente incertidumbre, es algo mucho más allá de eso. Dejando eso de lado, digamos que hay niveles de incertidumbre. Y que la única manera de resolver a niveles adecuados la incertidumbre es poder hacer uso de los análisis técnicos y científicos y de las experiencias internacionales. Y aquí viene un tema del que no hemos hablado mucho pero que es fundamental, y es que en el caso de Colombia la complejidad se hace mayor porque tiene una biodiversidad muy amplia y una diversidad de ecosistemas frágiles y semifrágiles. No es lo mismo, y perdón si hay un chileno, hacer minería a cielo abierto en un desierto en el norte de Chile, que hacer minería a cielo abierto en La Colosa, en Tolima (Colombia).

La experiencia muestra que los niveles de riesgo son altísimos. Entonces, el primer elemento para la definición tiene que ser un elemento estrictamente científico y técnico para poder ponderar los rangos de niveles de incertidumbre aceptables y la probabilidad de que esa actividad minera específica pueda cumplir esos rangos de incertidumbre. Esa es la primera instancia, y luego surgen todas las instancias económicas, financieras y del interés comunitario y político. No es una caja negra pero la complejidad del sistema exige la simultánea intervención de múltiples conocimientos para tomar la mejor decisión social.

Fabio Arjona: Yo quisiera contarles algo que no es precisamente la aplicación del principio de precaución, pero que sucedió en el Gobierno. En el año 1997, estando en el Gobierno, había un organismo suprainstitucional que se llama, el Consejo Nacional de Estupefacientes. El Consejo tomó la decisión de aplicar un nuevo fumigante en los cultivos ilícitos, reemplazar el glifosato por otra sustancia en virtud de la seguridad. La otra sustancia era granulada, y los aviones podían volar más alto y evitar que los bajaran. Por circunstancias desprevénidas me tocó asistir, por ausencia del ministro, a un consejo y un periodista me preguntó sobre el tema, yo inocentemente dije que eso no se puede aplicar porque no tiene licencia ambiental. Antes de llegar a mi oficina había un escándalo: “Viceministro de Medio Ambiente se opone a la decisión suprema del Consejo Nacional de Estupefacientes”. Yo estaba metido en un lío serio y el tema se incrementó, y se generó una discusión alrededor, porque sí tenía sentido. Resulta que el producto tenía una fecha de vencimiento en su licencia, derecho registrado, tres meses después. Es decir, que se podía fabricar en cualquier lugar y el diseñador del producto conceptuaba que no se podía aplicar porque podría causar un enorme efecto ambiental sobre la Amazonía, podía causar desertización en la Amazonía. La decisión que tomaba el Consejo Nacional de Estupefacientes había sido por unos experimentos, un poco apócrifos, que había hecho el Departamento de Agricultura. Se generó una discusión, y con el tema de no invertir la carga de la prueba, con el apoyo



del diseñador del producto, el Instituto von Humboldt con toda la gente de toxicología que salió a apoyar en el ministerio se llegó a una etapa: el producto puede ser aplicado si se hacía primero un piloto en el laboratorio que durara un año, con todo el diseño experimental de cómo iba a ser. Luego, en una etapa de campo controlada, que durara dos años, y finalmente si pasaba todo lo anterior, podía aplicarse. El resultado fue que jamás se aplicó el químico. Este es un ejemplo práctico, que si bien no fue estrictamente un principio de precaución, sí había una enorme incertidumbre en un tema de aplicación de un producto.

Andrés Briceño: Es un ejemplo bien interesante doctor Fabio. Pasemos al segundo punto, que es el control y modelo institucional. Le preguntan a la doctora Julia Miranda, ¿qué pasa cuando otorgado previamente un título minero, con posterioridad se produce una declaratoria?, partiendo de la base de que la declaratoria no surte efectos expropiatorios sino que genera una limitación en lo que es el uso y goce de la propiedad. Entonces, ¿qué pasa en este tipo de eventos?, ¿cómo se resuelve esa tensión entre dos instrumentos jurídicos?

Julia Miranda: Cómo funciona hoy día, porque hemos planteado que se modifique, para que la carga de decir que no, no sea solo de la autoridad ambiental sino sea una decisión de Estado; pero como funciona hoy en día, es que ese título minero si no tiene licencia ambiental, en cualquier sitio, no genera un derecho adquirido, porque es solamente el permiso ambiental el que viabiliza la explotación de ese título minero. Y en el caso de una licencia ambiental que haya adjudicado, también es claro para nosotros hoy que una licencia ambiental no es un mero trámite y tampoco genera un derecho adquirido. Una licencia ambiental es perfectamente revocable o suspendible si se presentan situaciones de carácter ambiental que ameritan tomar una decisión de ese calibre. Y si existe un título minero con licencia ambiental en un área en donde debemos declarar un área protegida, por ejemplo un parque nacional que limita el uso o lo elimina, el Estado al haber tomado esa decisión con todos esos requisitos cumplidos probablemente tendrá que indemnizar al dueño porque ya habría allí un derecho en explotación.

Andrés Briceño: Aquí hay un segundo interrogante que puede ser para todos en cuanto a este aspecto de control y modelo institucional y legal: ¿qué se puede hacer o qué solución se propone, por ejemplo, para unificar, si es posible, la legislación minera o ambiental, o si es viable la unificación? Está abierto a todos, unificación de los dos ámbitos legales.

Julia Miranda: Nosotros hemos tratado de trabajar el tema por lo que decía anteriormente. Es absurdo que un Estado dé una instrucción o dé un derecho, otorgue un título minero y le pase el balón al otro ministerio diciendo: ¡Yo ya lo di, vea usted qué hace! Eso es absolutamente contradictorio en una actuación de Estado. Deberíamos generar sí una articulación de tal manera que al usuario,

al particular, le pudiéramos dar como autoridad pública una respuesta que le diga si es o no viable su explotación, pero ya con los dos trámites involucrados. En lo que hemos logrado avanzar hasta ahora, que es importante y significativo, es en que nos estamos sentando a decidir si un área protegida puede, por ejemplo, desarrollarse cuando hay un polígono de explotación petrolera, y se pueden ceder, y ceden efectivamente los dos intereses para lograr los dos propósitos: el del área protegida y el del desarrollo petrolero en este caso. Con minería no hemos logrado mucho más allá de lo que sí lograron los dos ministros al establecer las zonas de exclusión de la minería, que fue un avance extraordinario, tener los dos equipos técnicos sentados trabajando juntos y definiendo en qué áreas del territorio nacional se va a suspender la adjudicación de títulos mineros para planear el territorio con todos los elementos.

Andrés Briceño: Viene un tercer punto que tiene que ver con el ordenamiento, diseño institucional y eficacia en la protección del ambiente. Llama poderosamente la atención la disfuncionalidad que tiene la Ley 99, una norma que, en mi opinión, debe ser reformada a gritos. Ella creó una disfuncionalidad que luego la Corte Constitucional en las Sentencias C-462 del 2008 y C-554 del 2007 terminó de complicar, porque habló del principio de rigor subsidiario del artículo 63, de la autonomía; y fíjese que acá estamos hablando de competencia de entidades territoriales, pasando por un problema anterior que es la disfuncionalidad entre el ministerio y las corporaciones. Si aquí hay gente de las corporaciones saben que allí hay un grave problema porque no hay una coordinación ni una cooperación plena, y lo sabe el Estado y lo sabe el Gobierno. Entonces, aquí nos cursan unas cuantas preguntas donde nos dicen: cómo hacemos para resolver con esta Sentencia C-123 de 2014, que las entidades territoriales verdaderamente se hagan presentes o partícipes en aquellos ámbitos que con relación a la actividad extractiva minera puedan generar afectaciones. Y comparto con el profesor Uprimny que es insoluble el uso del suelo al uso de extracción minera, ahí no tendríamos que ser astrofísicos de la luna, entonces saber cómo logramos explotar sin afectar el suelo y haciendo extracción del subsuelo, cómo logramos que haya una verdadera sinergia entre competencias, esta se la cursan inicialmente al doctor Arjona y está abierto para todos, cómo logramos que las entidades territoriales también se hagan partícipes en este diseño institucional que tenemos.

Fabio Arjona: Yo creo que el nivel de información con que generalmente se toman las decisiones es bastante limitado. Y se incrementa en la medida en que haya menos desarrollo institucional. Los municipios tienen muy poca información para la toma de decisiones, es un tema muy importante en la política pública. Yo creo que generar información es importante y hay que avanzar en la solución. Desde hace algunos años hemos estado trabajando en asocio con la institucionalidad, con von Humboldt, con el Ministerio de Ambiente en el desarrollo de un sistema de información *on-line* que apoye mucho la toma de decisiones y que contiene información sobre áreas protegidas. El tema de



las áreas protegidas y de la adjudicación de títulos en parques nacionales es fácil porque son 57, pero resulta que en Colombia hay más de 450 áreas protegidas de carácter regional y local, jurídicamente vinculantes y nadie sabe dónde están. Esa cartografía de las áreas protegidas está en el sistema, eso ya te acerca un poco a si estás tomando la decisión adecuada o no. El otro es el tema de biodiversidad sensible, solo especies amenazadas, endémicas y migratorias. Todo el resto de la información en conjunto, es increíble que casi veinte años después de la Constitución y el desarrollo de la Ley 70 todavía haya que preguntarle al Ministerio del Interior si existen comunidades negras, y si esto está cartografiado.

Rodrigo Uprimny: No quiero adelantarme a la mesa de mañana, que es de consulta previa y se debatirán todos estos temas. Pero yo sí creo que aquí, independientemente de que no esté de acuerdo totalmente con la Sentencia C-123 de 2014, pienso que, primero, es la sentencia a la que tenemos que acogernos; y segundo, creo que es una sentencia que da una orientación correcta de la articulación de lo nacional y lo local en el tema de la relación entre minería y autonomía local. Otra cosa es que haya temor en el Gobierno nacional y en ciertas autoridades nacionales a respetar esa sentencia, pero esa sentencia lo que dice es: las decisiones sobre explotación minera las puede tomar la autoridad nacional, pero tiene que concertar con una participación activa y eficaz de los municipios, tiene que concertar. Y dice explícitamente que tiene que acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, en especial de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades y la salubridad de la población. Entonces, de la misma manera que le está diciendo al municipio: usted no puede tomar una decisión sobre el subsuelo, le está diciendo a la autoridad nacional: usted no puede tomar una decisión que implique el manejo del suelo de esos municipios sin concertar con esas autoridades. Entonces, se dice que eso va a hacer imposible la explotación minera, pero entonces ahí hay una contradicción profunda porque se está diciendo que si uno trata de explicarle a las comunidades locales las implicaciones de la explotación minera nunca las va a convencer, entonces: ¿por qué es tan buena la explotación minera, si uno en un proceso de concertación no puede convencer sobre las medidas que se deben tomar para que esa explotación sea posible pero concertada con las comunidades, o que las comunidades digan: mire, aquí no se puede porque aquí no va a haber nunca la posibilidad de establecer en este territorio medidas que preserven un patrimonio ecológico local? Ahí hay el temor a una justicia local y a una democracia local, pero creo que la sentencia avanzó en una dirección apropiada. Yo hubiera sido más partidario que declarara inexecutable el artículo, pero dentro de este contexto creo que es un artículo que les da mucho poder a las comunidades locales para pronunciarse sobre estos temas.

Andrés Briceño: Voy a hacer un resumen en diez minutos de todas las ponencias. Lo primero es aplaudir el vigor, pero más que el vigor que el mensaje pueda

llegar. El profesor Uprimny nos plantea en su intervención cómo nosotros tenemos que lograr una suerte de equilibrio frente a esos impactos que realiza la actividad extractiva, minera, la necesidad de generar una justicia distributiva de alguna manera, una distribución equitativa entre el coste-beneficio de la actividad minera y la necesidad de incorporar esas obligaciones, que me llamó poderosamente la atención, extraterritoriales, sobre todo para las empresas mineras cuya casa matriz está regida por unas normas internacionales de protección de los derechos humanos, pero parece que cuando cruzan la frontera olvidan esas mismas y ya no son exigibles, pero si usted lo mira en Canadá, Sudáfrica o Francia encontrará que allá es un respeto absoluto por esa normatividad.

Luego, la doctora Julia Miranda nos ofrece una información muy valiosa pero sobre todo muy interesante. Lo primero es que se logró algo que el mismo Consejo de Estado acaba de sentenciar: la cartografía, porque la sentencia de los cerros orientales planteó ese problema en cierta medida, y esa falta de cartografía y del rigor en la declaratoria, registro, inscripción, etc., ha llevado a que haya unas profundas dificultades a la hora no solo de la identificación sino de aquello de discernir si existen derechos adquiridos, si hay intereses protegidos, si hay situaciones jurídicas consolidadas. Entonces, me parece que es un aporte sustancial, así como lo que señala la doctora Miranda, que es una quimera muchas veces el logro de que dos ministerios hayan concertado en sus equipos técnicos por lo menos unas herramientas de coordinación mucho más eficaces de lo que venía siendo, y adicionalmente, ella nos aporta también una visión de tres puntos que resalto. El primer punto es que la problemática de la actividad extractiva tiene que ver con las debilidades o deficiencias sobre aspectos técnicos. El gran problema en Colombia es la deficiencia técnica desde el punto de vista de la autoridad minera y ambiental; tengan en cuenta que en un acto administrativo en materia ambiental el 85% es técnico. La motivación está en el elemento técnico; luego, si estamos pidiendo fortalecimiento técnico imagínense cómo están saliendo esos actos administrativos.

El otro punto que la doctora Julia Miranda señala es que el gran principio olvidado en materia ambiental es el de coordinación entre entidades de todos los órdenes, tanto ambientales como transversales. Yo decía antes que el problema en Colombia es que no tenemos una política de Estado. Al tener una política de Estado usted puede superar los vaivenes de los planes de desarrollo que cambian cosas. También debemos dotar de seguridad jurídica a la protección del ambiente para que la autoridad ambiental sepa cómo coordinarse entre ella. Si no logramos ese punto, indudablemente no vamos a concretar lo que es la aspiración (que yo sí veo positiva de la Sentencia C-123 de 2014) de tratar de incorporar a las entidades territoriales en la participación de todas esas decisiones ambientales. Si no se logra eso, hacemos un flaco favor y sería en balde cualquier ejercicio de cuestionamiento si no superamos ese primer escollo.



El doctor Arjona señaló dos cuestiones que voy a resaltar. La primera, es que no es solo el saneamiento de los títulos mineros el que puede permitir superar el problema porque, claro, todo se piensa que es fácil, y esto en términos de derecho administrativo sería muy fácil: revocatoria del acto administrativo o declaratoria del contrato de concesión minera. Y digamos que esas herramientas existen, pero lo primero que debemos comprender es que la institucionalidad ambiental y el modelo o diseño normativo ambiental tiene que actualizarse. No olvidemos que tenemos el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables desde el año 1974, esas normas necesitan una actualización al día de hoy. El doctor Arjona y la doctora Miranda mencionaban la problemática hídrica que supone la afectación por la industria extractiva. Les pongo solo un ejemplo de normativa: el Decreto 1541 de 1978, que es el Código de Aguas; si ustedes se van a dos normas que hay allí, van a encontrar que hay un orden de prelación en los usos del recurso hídrico. ¿El sector minero lo ha respetado?, no puedo dar yo la respuesta. Pero si tenemos esas herramientas ahí, actualicémoslas al día de hoy.

Y el otro punto es que no todo se resuelve con la licencia ambiental, y en esto planteo una discrepancia respetuosa con el profesor Luis Jorge Garay: el problema no está solamente con la debilidad normativa ni en su mayor o peor eficacia. En materia ambiental hoy en día debe haber un complemento entre herramientas de autorregulación y herramientas de regulación, porque sin duda alguna, esos estándares de que hablaba el profesor Uprimny, para yo poderlos hacer exigibles aquí vienen por la vía de la autorregulación. Resulta que cuando usted va a una empresa minera y le hace asesoría, dicha empresa viene con un modelo de HCQ desde su matriz y aquí aplican el 5% porque ese es el estándar normativo que tenemos nosotros. Si nosotros lográramos hacerles exigibles, y ya hay un antecedente, la normativa en materia de infraestructura. Miren ustedes, la ley reciente de diciembre de 2013, donde dice que las normas internacionales de estandarización son de carácter vinculante, ahí hay una paradoja: realmente no debería incorporarse en una norma jurídica eso, porque son normas que no deben ser de autorregulación. Yo creería que deberíamos lograr un equilibrio entre autorregulación y regulación, y yo no soy abogado de las mineras, pero lo cierto es que es necesario comprender que no podemos llegar al otro extremo de satanizar ampliamente, sino de optimizar nuestras herramientas, y para optimizarlas hace falta un código único ambiental, una codificación que permita su actualización en el tiempo, y la complementación con la autorregulación.

Finalmente, voy a resaltar tres aspectos de la intervención del profesor Luis Jorge Garay. El primero, la complejidad no se reduce a simplicidad e institucionalidad. Y yo creo entenderlo de la siguiente manera: yo no puedo buscar agilizar, desde la perspectiva del instrumento ambiental, que se depure lo que es la demora de las cuarenta semanas para el otorgamiento de una licencia en actividad minera, y con eso creer que resolví el problema. Porque eso es una falacia.

Ahora, que estratégica y económicamente genera rendimientos, por supuesto. Pero el problema no está en si ahora lo voy a otorgar en veinte semanas y antes en cuarenta o las voy a dar en diez, sino de qué forma yo puedo corregir ciertas disfuncionalidades en esos instrumentos. Ahí aprovecho un elemento que están trayendo con la licencia exprés, que es adelgazar la evaluación de impacto ambiental y el gran problema es la evaluación de impacto ambiental que está pervertida en Colombia, está corrupta; las evaluaciones de impacto ambiental se formatean, las plagian. Si nosotros no examinamos esa problemática y nos vamos a la simplicidad que señala el profesor Luis Jorge Garay no solucionamos absolutamente nada y seguimos con el problema en ciernes.

Por otro lado, ¿qué hacemos con la institucionalidad? Lo primero, es una invitación muy respetuosa a la Corte Constitucional a ver si podemos superar. Son tres sentencias: la C-883, la C-554 y la C-462, que hablan de esa autonomía de las corporaciones. No hay apoyo técnico, no hay apoyo logístico, no hay apoyo de ningún tipo porque la institucionalidad se ha diseñado para excluir y no para incluir. Hay un punto que usted dice, profesor Luis Jorge Garay: el elemento incluyente no es solo desde la perspectiva de la actividad sino de la institucionalidad, que todos se hagan partícipes. Y retomo la Sentencia C-123 de 2014. Si yo quiero hacer partícipe al municipio, sin duda alguna, yo tengo que dotarle de herramientas, de dientes, hace cuánto tiempo no se había reglamentado el artículo 64 de la Ley 99, y lo hizo la Ley del Plan de Desarrollo que les dio ahí dientes y les dio la posibilidad, sobre todo a los distritos mayores de un millón de habitantes, de tener competencia.

El segundo punto tiene que ver con el problema de la institucionalidad insuficiente para un modelo que llama él de minería neoextractivista o de enclave. Claro, el gran problema que tenemos ahí es que la institucionalidad ambiental está diseñada en el Código de Minas para que esté sometida a la autoridad minera. El problema también es de sujeción de la institucionalidad ambiental a la institucionalidad minera o sujeción de la institucionalidad minera para favorecer la institucionalidad ambiental. Eso tampoco se ha resuelto.

Sin duda alguna, debe tenerse en cuenta que en Colombia la protección del ambiente desde la perspectiva de la actividad minera, extractiva, es terriblemente débil, es contradictoria, es absolutamente insuficiente, pero no por carencia de herramientas, que las tenemos, quizá es por no tener claro el diseño, que ya se nos quedó muy atrás con normas de los años setenta que todavía no hemos actualizado.

Les agradezco mucho a todos por su atención.





Panel VI

Participación
y consulta previa
en materia ambiental

La ciudadanía

ambiental

Mauricio González Cuervo*

En primer término, quiero expresar un reconocimiento muy especial a nuestro presidente de la Corte Constitucional, doctor Luis Ernesto Vargas Silva, por el empeño que él y su equipo de trabajo, con el concurso de todos los funcionarios de la Corte Constitucional, le ha puesto a este Encuentro, que ya a estas alturas podemos decir que admite una evaluación, como para concluir que ha sido bastante exitoso. En segundo lugar, y no podía ser menos tratándose de una tierra tan especial como la tierra tolimense, expresarle a mis paisanos la gratitud por la acogida que le han dado a la Corte Constitucional, al pensamiento ambiental, al derecho constitucional ambiental, a lo largo de estas jornadas.

El Tolima suele ser asociado a la abundancia de grandes juristas a través de la historia, comenzando por Murillo Toro, Darío Echandía, Antonio Rocha, Carlos Lozano y Lozano, Caicedo Castilla, Palacio Rudas, etc., lo cual es enteramente cierto y es motivo de orgullo para nosotros. Pero además, hay una comunidad jurídica muy importante constituida por nuestros jueces y magistrados, que son realmente la cantera de donde se proyectan todas estas figuras que nos han llenado de orgullo a los tolimenses, la cual se ve reforzada por una comunidad académica universitaria, de hace unas décadas para acá, que con sus tres facultades de Derecho y con una generación de pensamiento jurídico muy importante viene consolidando esa vocación jurídica del Tolima.

Valga la pena decir algo que se escuchó en la sesión inaugural en una frase no muy afortunada, no maliciosa en todo caso, lo sé, en cuanto a que “el Tolima inició la violencia”. En modo alguno. Más bien en el Tolima se inició la violencia posiblemente. Gonzalo Sánchez, el director del Centro de Memoria Histórica, oriundo de este departamento, decía en uno de sus escritos que la violencia vino

* Magistrado de la Corte Constitucional.



al Tolima a partir del testimonio de los viejos, que él entrevistó presencialmente, los cuales decían “es que cuando llegó la violencia...”, la de los años cincuenta a la cual me estoy refiriendo. En todo caso, si bien el Tolima es un departamento recio, es fundamentalmente un pacífico, esta tierra tolimense.

Bueno, entrando en el tema, el título de mi conferencia es “La ciudadanía ambiental”. ¿Por qué?, porque el enfoque participativo de este panel se relaciona esencialmente con el derecho ciudadano a participar en las decisiones que nos afectan, y qué más que aquellas que tienen que ver con nuestro entorno, en donde se despliega la existencia humana. Vamos a realizar cuatro reflexiones: la primera, sobre si nosotros realmente tenemos una Constitución Ecológica; en segundo término, sobre el derecho de participación y su incidencia en los aspectos ambientales; en tercer lugar, una reflexión un poco más en detalle sobre la consulta previa, como mecanismo específico de participación, y, finalmente, algunas conclusiones.

1.

Lo primero: ¿tenemos una Constitución Ecológica? Una primera aproximación normativa nos puede llevar a algunas sorpresas frente a las expectativas que nos hemos generado con el contenido ambientalista de nuestra Carta. En primer término, el derecho al medio ambiente, lo señalaban en alguna época algunos doctrinantes, no fue considerado como un derecho fundamental. Y en segundo término, entre los principios esenciales del Estado, consignados en los arts. 1 y 2 de la Constitución, sobre los fines esenciales del Estado específicamente del art. 2º, y en general en el título sobre los principios de la Constitución, no aparece el tópico ambiental destacado en alguna manera, sino con una mención muy patrimonialista referida a la riqueza ambiental.

Podemos decir que las Constituciones, en últimas, son los derechos reconocidos y protegidos y un poder público regulado para hacer efectivos esos derechos. Entonces se preguntan algunos si entre los fines del Estado no está la protección del medio ambiente en la normativa constitucional y tampoco lo consideramos un derecho fundamental. ¿Habrá un déficit normativo a nivel de la Ley Superior?

Para empezar a responder esa inquietud válida podemos hacer un repaso panorámico muy rápido de lo que es la normatividad internacional. Sabemos que a partir de los Protocolos, del Protocolo de Derechos Económicos y Sociales y Culturales en que la consideración ambiental estuvo en función de la salud humana, inicialmente, y pasando por aquellos tratados multilaterales sobre la capa de ozono, sobre el cambio climático, sobre el medio marino, relativo a la minería, a los aspectos forestales, a la protección frente a sustancias peligrosas, a la protección de especies en vía de extinción, a la protección de la biodiversidad, en fin, ese cúmulo de instituciones e instrumentos internacionales de que disponemos, nos permite mitigar una afirmación fuerte respecto a que existe

un déficit de protección normativa en la Constitución Política. ¿Por qué?, porque esos tratados internacionales, esos instrumentos internacionales constituyen criterios de interpretación de los derechos consagrados en la Constitución, entre ellos el derecho al ambiente sano como derecho colectivo y los derechos de participación; y además conforman el bloque de constitucionalidad, en tanto se integran al parámetro de control sobre el ordenamiento jurídico interno. De este modo, las disposiciones de esos Tratados Internacionales son y han sido fundamentos para que la Corte Constitucional declare la inexequibilidad de algunas leyes de la República por contrariar compromisos internacionales vinculados al medio ambiente.

Pero, además, existen unos desarrollos jurisprudenciales que el poder judicial en Colombia y la Corte Constitucional, específicamente, han trazado, dándole mucho más alcance a las disposiciones constitucionales y haciendo del texto constitucional un derecho vivo, que va consultando las necesidades de la sociedad colombiana en materia de protección ambiental, al tiempo que preserva una técnica constitucional que no vaya a anular el principio democrático en que se funda el orden constitucional.

Tenemos un primer aspecto, la *fundamentabilidad*, ya que si bien la Constitución Política, en el artículo 71, prevé el derecho al ambiente sano como un derecho colectivo, también la jurisprudencia constitucional colombiana ha encontrado que ese derecho colectivo puede *fundamentalizarse* o adquirir *fundamentabilidad*, o en todo caso, obtener protección constitucional a través de la acción de tutela, cuando el daño ambiental está vinculado, por ejemplo, a una afectación o a una amenaza de lesión al derecho a la vida, o al derecho a la salud, casos en los cuales el derecho al medio ambiente ha sido reconocido jurisprudencial y estatutariamente como un derecho fundamental.

Entonces, digamos que la jurisprudencia ha logrado desarrollar un principio de teoría de los derechos, otorgándole fundamentabilidad a ese derecho que, en principio, normativamente se encuentra enunciado como colectivo para algunos eventos, sin que deje de ser colectivo, por supuesto.

Un segundo aspecto del desarrollo jurisprudencial es el énfasis que ha hecho la Corte Constitucional en el concepto de *intergeneracionalidad*, en cuanto a que los énfasis jurisprudenciales en materia ambiental recaen sobre el aspecto o la faceta *intergeneracional* que debe tener toda política ambiental. Por esto se entiende que los derechos de las personas que nos van a suceder en esta tierra constituyen jurídicamente un criterio límite al ejercicio de derechos actuales y ello se manifiesta claramente en las formas de restricción del alcance del derecho de dominio público y privado, de la libertad económica y en los mandatos de intervención estatal a largo plazo y de planificación, a efecto de proteger los derechos de las personas de las futuras generaciones.



Un tercer aspecto de desarrollo jurisprudencial ha sido, también, más que un matiz que se ha propuesto en torno al reconocimiento de Colombia de una *responsabilidad reforzada en materia ambiental*, que tiene efectos internos e internacionales, tanto de asunción de compromisos con la comunidad mundial como de asunción de deberes y obligaciones frente a la comunidad nacional. Existen dos sentencias donde se hace mención de esto, la C-703 del 2010 y la propia C-366 del 2011, en donde acudiendo al reconocimiento de nuestra particular megadiversidad y a las circunstancias de participar en ese formidable ecosistema mundial y planetario que es la Amazonía, tenemos los colombianos unas responsabilidades especiales para proteger el medio ambiente, interpretar las normas constitucionales y las normas internacionales a partir de ese criterio de responsabilidad reforzada.

También la jurisprudencia constitucional, a pesar de que entre los fines esenciales del Estado del artículo 2° de la Constitución Política no figura explícitamente la protección del medio ambiente, ha considerado que todo el ordenamiento constitucional ambiental constituye o se instituye como un principio fundamental de nuestro ordenamiento superior, y para quienes han acogido esa teoría se convierte en un eje axial o definitorio de la Carta que permite, por ejemplo, que los actos legislativos puedan ser juzgados frente a ese tipo de principios que irradian el conjunto del ordenamiento constitucional, así lo ha sostenido la Sentencia C-750 del 2008. Esta línea jurisprudencial está llamada a erigir el ordenamiento constitucional ambiental en un principio definitorio de nuestra Carta Política, lo cual tiene consecuencias enormes desde la perspectiva del control constitucional.

A partir de los anteriores conceptos jurisprudencialmente desarrollados, se destaca la importancia que la Corte Constitucional le ha dado a los *principios de precaución y de prevención*, que no son estrictamente de origen jurisprudencial, en cuanto la Ley 99 y la declaración de Río los han contemplado. Es así como a partir de cuatro conceptos, del principio de precaución, del concepto de riesgo, del concepto de incertidumbre y de la noción de protección eficaz se ha diseñado una línea muy importante y llamada a tener unos enormes desarrollos en materia de protección ambiental en la jurisprudencia nacional e internacional.

En principio, esto se desarrolló al parecer en Alemania con el fin de tomar medidas frente a aquellos daños ambientales de surgimiento lento hacia el largo plazo que eran difíciles de cuantificar, o de evaluar, o de dimensionar, y la finalidad de lograr anticipadamente y ante esa incertidumbre científica unas medidas protectivas eficaces. De esta manera, el principio de precaución, ya instalado completamente en la jurisprudencia nacional, no solo de la jurisdicción constitucional, sino de lo contencioso administrativo, ha sabido ser un mecanismo jurídico muy valioso de protección del medio ambiente. Igualmente, son de resaltar las medidas cautelares para prevenir los daños

en el marco del derecho ambiental sancionatorio, no solamente a través de medidas de corrección y de reparación, sino también preventivas.

Hay otro aspecto interesante, que en alguna época fue objeto de discusión, pero rápidamente fue superado, y es el relativo a la extensión de principios propios de los derechos sociales, al derecho al ambiente sano como derecho colectivo. En últimas, el derecho colectivo es un derecho social, con unas reglas de legitimación procesal especial y otras consecuencias, pero no deja de ser por ello un derecho social. De esta manera, el *principio de no regresividad* también inspira el ordenamiento ambiental, de manera tal que una regla jurídica, una Ley de la República, por ejemplo, que no consulte este principio de progresividad y que incorpore elementos regresivos que reduzcan el nivel o el estándar de protección del medio ambiente, ha de ser declarada inexecutable o por lo menos recae sobre dicha regla una presunción de inconstitucionalidad que habría de ser fuertemente argumentada y justificada para ser desvirtuada.

De manera que este *principio de no regresividad*, de plena aplicación en el ordenamiento ambiental, es otra protección que jurisprudencialmente se ha recalado bastante a efectos de impedir que a través de disposiciones generales adoptadas por el legislador, la comunidad nacional y la internacional se vean expuestas a medidas regresivas y, por supuesto, se vea afectado el derecho de participación. El *derecho de participación* en lo ambiental tiene una expresión elocuente en un sinnúmero de disposiciones constitucionales que prevén el involucramiento del ciudadano en las decisiones que afectan su entorno ambiental, que afectan la ecología nacional, y vamos a pasar entonces a este punto.

Para hablar de *ciudadanía ambiental* hay que hablar de participación o, en otras palabras, tenemos derechos ciudadanos pero tenemos unos deberes ciudadanos, y uno de los más fuertes y de inexcusable incumplimiento es, por supuesto, el *derecho de participación*, el deber de participación ciudadana. Así, tenemos derechos de participación, pero también deberes de participación ciudadana que hay que hacer efectivos a través de un empoderamiento de las comunidades para proteger el medio ambiente.

En la universidad, con el doctor Germán Palacio, compañero de bancadas universitarias, así como en los discursos de salón o de café, nosotros hablábamos mucho de la crítica a la democracia representativa y de un criterio más o menos marxista: la enajenación de los derechos del ciudadano a través del voto, en cuanto a que el ciudadano votaba y se desentendía del suceso de la vida pública, enajenando unos derechos y renunciando a su ejercicio, en virtud de que primordialmente las instituciones no contemplaban que su participación fuera más allá del mero acto del sufragio.



Ese debate de las crisis de las democracias de representación fue materia de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente y en verdad que el Constituyente le ofreció al país un catálogo generoso de mecanismos de participación. En otras palabras, la democracia, formas de democracia directas, dentro del esquema de democracia representativa, sin incurrir en los bonapartismos o en los cesarismos plebiscitarios, por supuesto, y de eso se cuidó mucho el Constituyente de 1991. Apoyados en un concepto de soberanía popular, no nacional, concluyeron los entonces delegatarios que Colombia es un Estado Social de Derecho Participativo en el que la soberanía la ejerce el pueblo directamente o a través de sus representantes, y que los mecanismos de participación directa tienen unas instancias de participación y cuentan con unos instrumentos ciudadanos de participación, a los que vamos a hacer alguna referencia.

En cuanto a los mecanismos generales de participación, no hay ninguna objeción para considerar la validez constitucional de mecanismos tales como el referendo, en todas sus formas, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa normativa, el cabildo abierto. No existe ninguna objeción para afirmar que estos no pueden ser unos mecanismos eficaces para realizar derechos de participación en la esfera ambiental.

Se me ocurre pensar, si frente a los debates públicos que se forman alrededor de los tratados internacionales de libre comercio de protección recíproca de inversiones no caben referendos derogatorios de leyes aprobatorias de tratados internacionales. Por supuesto que sí. Si no caben iniciativas normativas a nivel local o a nivel nacional, para buscar la expedición de normas ambientales que refuercen la protección y el estándar existente. Si, por ejemplo, para temas de saneamiento básico ambiental, no pueden ser eficaces los mecanismos del cabildo abierto, que tienen unas derivaciones vinculantes, a efectos de que la ciudadanía participe en esas instancias de representación directamente. Claro que sí.

Pero, además, existen otras previsiones más puntuales y específicas que constituyen instancias para la participación ciudadana, como la establecida en las normas jurídicas que pretenden garantizar vocerías ciudadanas y veedurías ciudadanas, en el Consejo Nacional Ambiental, a efecto de la definición de políticas públicas, en los Consejos, en el Consejo Técnico Asesor de la Política Ambiental, en los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), en las audiencias públicas ambientales del Decreto 330 del 2007, en los procesos administrativos de otorgamiento de licencias, de seguimiento, etc. Todas esas son instancias importantes de participación, sin embargo tienen un problema técnico: la mediación del poder político o de otros tipos de poderes gubernamentales en la selección o designación de esas vocerías.

Ahora, el hecho de que ello ocurra no significa que el instrumento deba desecharse, sino que se deben refinar los mecanismos de representación de la ciudadanía en esas instancias de participación para que sean más leales las veedurías que se ejercen con la comunidad y no sean susceptibles o menos susceptibles de ser coartadas por los poderes ejecutivos. Pero también existe por lo menos un mecanismo que asoma en el horizonte de la vida nacional como un mecanismo predilecto de las comunidades territoriales a efectos de manifestar su visión de lo que debe ser el interés y el destino de una región o de un municipio, frente a decisiones del orden, especialmente nacional, pero también del orden territorial. En cuanto a lo primero surgen unos conflictos jurídicos complejos que justamente la jurisprudencia irá resolviendo.

Las *consultas populares* tienen un diseño estatutario y una base constitucional mínima que las perfila como unos instrumentos de participación ciudadana donde la decisión del pueblo nacional, departamental, municipal o localmente hablando tiene una fuerza vinculante, es obligatoria y constituye un mandato para las autoridades nacionales, departamentales, territoriales o locales municipales, para implementarlas como regla, o como norma, o como acto administrativo. La importancia de la consulta popular es enorme, y es curioso que el aprendizaje práctico de los mecanismos de participación, o su apropiación, o utilización ciudadana haya sido tan lento. En Colombia, por ejemplo, tenemos la experiencia del municipio de Piedras, Tolima, de ejercicio de consulta popular para manifestar, de manera abrumadora, por lo demás, un querer ciudadano respecto de un conflicto ambiental, es decir, frente a una tensión entre el desarrollo económico y el medio ambiente.

El hecho de que haya sido abrumadora no significa que jurídicamente carezca de complicaciones, pero sin duda constituye un avance enorme de la ciudadanía el que los mecanismos de participación, previstos en la Constitución Política, comiencen a hacerse realidad y que las tensiones entre economía y ambiente, entre cultura y ecología, se resuelvan a través de esos mecanismos institucionales con la mayor cantidad de involucramiento posible de las personas afectadas por las correspondientes decisiones.

Observo en el diseño de la consulta popular algunos problemas. En primer lugar, uno podría pensar que el concepto previo de conveniencia, no jurídico, que la Ley Estatutaria 134 prevé frente a las iniciativas de consulta popular, pueda tener algún problema, parece que no; y de hecho me parece sano que ese ejercicio de democracia directa esté acompañado de un ejercicio complementario, si se quiere, y ojalá armónico, de las entidades o cuerpos, corporaciones públicas de representación, llámese Concejo Municipal o Asamblea Departamental, para darle como un visto bueno político a la posibilidad de una consulta popular. Es ese concepto previo, que el Senado o la Asamblea o el Concejo, según si la consulta es nacional, departamental o municipal, debe impartirle para poder ir definiendo su procedibilidad.



Tampoco me parece negativo que la autoridad judicial, en este caso los tribunales de lo contencioso administrativo competentes para el caso, estén realizando una revisión jurídica de la consulta, no tanto desde la perspectiva procedimental como desde la perspectiva competencial, de si es idónea la cuestión planteada en la consulta para que jurídicamente pueda tener una consecuencia que no vaya a ser anulada o desconocida posteriormente por un Tribunal, porque esto sería una burla al pronunciamiento del pueblo. En este caso, considero que esas dos intervenciones del órgano político de representación y del órgano judicial lo que hacen es asegurar la eficacia del mecanismo participativo e involucrar a los órganos de representación en iniciativas de democracia directa.

No obstante lo anterior, identifico el problema, como lo han comentado aquí en la práctica, de que las autoridades ejecutivas, a quienes corresponde el adelantamiento del proceso de convocatoria de la consulta popular, puedan ser renuentes a hacerlo. Entonces, tal vez, para responder a esta inquietud, el Congreso de la República, en un proyecto de ley, ya aprobado en cuatro debates, pero que aún no es ley de la República por ser de carácter estatutario, (me refiero a la iniciativa de reforma de la Ley 134, un proyecto de ley que está en este momento para revisión de la Corte Constitucional, y seguramente en los próximos meses ya habrá sentencia), propone entonces en este proyecto el Congreso de la República, a nivel estatutario, la posibilidad de que en Colombia existan consultas populares de iniciativa ciudadana, ya no de iniciativa gubernamental u oficial. Este es un tema complejo frente al cual la Corte habrá de tener una respuesta, sin olvidar que los artículos 104 y 105 de la Constitución Política la prevén exclusivamente como iniciativa ciudadana.

Quiero resaltar que constituye un punto interesante el que la expresión de la voluntad del pueblo no se vea limitada por la inacción de las autoridades territoriales o nacionales, si fuera el caso, que no quieren o no se sienten aptos o competentes, o no quieran en algún momento dado conocer cuál es el querer del pueblo, y cuál es la decisión que se adopta y que debe ser traducida en un acuerdo, en una ordenanza o en una ley de la República, una vez sea aprobada por la mayoría de la población, de forma previa a la votación de por lo menos una tercera parte del respectivo censo electoral.

Entonces, queda pendiente ese tema para afinar ese mecanismo de las consultas populares, no sin notar que hay una gran efervescencia nacional. Los experimentos exitosos de participación suelen pues esparcirse como pólvora por el territorio. Este mecanismo de la consulta popular va a ser muy importante en el desarrollo de la política ambiental de nuestro país porque toca con las tensiones más interesantes que estamos abordando en este momento, y la más problemática, por supuesto, que es entre el concepto de desarrollo económico y el concepto de protección del medio ambiente, como intereses legítimos que deben ser materia de ponderación.

Ahora bien, hay un mecanismo de participación particularmente importante, y sobre el cual existe ya un creciente acervo jurisprudencial: es el de la *consulta previa*. La consulta previa tiene un fundamento constitucional indiscutible, genérico, en los derechos de participación que desde su Preámbulo y el artículo segundo de la Constitución se consagran. Tiene también un fundamento normativo específico muy interesante, proveniente del orden jurídico internacional como es, ustedes lo saben, la Convención 169 de la OIT. Esta Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y es bueno tenerlo en cuenta, nace, en primer término, de un querer de la comunidad de naciones de prevenir y proscribir cualquier tipo de discriminación frente a estas comunidades. Pero, además, del reconocimiento de ellas y de sus derechos, y algo importante que tiene mucho que ver con nosotros es que las Naciones Unidas, la OIT, la Comunidad de Naciones, a través de esta Convención, hacen un reconocimiento expreso de la contribución de las comunidades indígenas y tribales a la armonía social y ecológica de la humanidad. De esta manera, no se trata solo de los mecanismos jurídicos de protección de una comunidad susceptible de discriminación y que tenga un elevado o importante grado de vulnerabilidad, sino que también es un reconocimiento al valor agregado, que a la conciencia universal, en materia ambiental, han hecho las comunidades indígenas y tribales.

Por su parte, el panorama jurisprudencial es muy interesante. En primer término, a partir de decisiones de la Corte Constitucional pues considero que se han producido cataclismos jurídicos en materia ambiental. Recuerden ustedes las inexecutableidades por omisión de la consulta previa que han recaído, por ejemplo, sobre la Ley 1382 de 2010, reformativa del Código Minero, o sobre la Ley 1021 de 2006 o Ley General Forestal. Dos grandes estatutos nacionales con lo que, en principio, se hubiera pensado que se argumentaría una especie de razón de Estado para que no fueran considerados inexecutable por la Corte Constitucional. Sin embargo, la Corte asumió, digamos, darse esa “pela”, como se dice coloquialmente, para asentar definitivamente el principio según el cual la participación de las comunidades indígenas y tribales, respecto de medidas legislativas administrativas que los afectan directamente, no pueden ser ignoradas, y el costo de ello sería, como ha ocurrido, la pérdida de un esfuerzo legislativo e incluso el riesgo de que se produzcan unos vacíos normativos peligrosos. Pero, con todo ello, la Corte consideró que era el momento histórico para que la comunidad política de Colombia y la sociedad entera tuviera claro que las reglas de consulta previa son impostergables y que la omisión de ella genera un vicio de inconstitucionalidad insubsanable.

También en el panorama jurisprudencial vemos cómo la exequibilidad condicionada de sentencias ha sido un criterio de utilización frecuente y de una eficacia interesante, en virtud de los derechos de participación de dichas comunidades. En primer término, a modo de ejemplo, tenemos algo que se discutió mucho en un panel anterior, el tema de las zonas de exclusión minera. El condicionamiento de la zona de exclusión minera, en últimas, lo que está



diciendo es que es exequible la norma que radica en las autoridades nacionales y regionales la potestad de dictar o de decretar estas zonas de exclusión, pero que no es posible desarrollar unilateralmente estos procesos, o estos proyectos económicos mineros, sin consideración de las competencias propias de las autoridades territoriales, como constitucionalmente responsables del ordenamiento territorial y de la reglamentación de los usos del suelo. Entonces, tenemos que la unilateralidad de la autoridad nacional, en desarrollo de un interés constitucionalmente legítimo como es el crecimiento económico, no puede desplegarse jurídicamente sin la forzosa consideración de los intereses locales, reflejados en las potestades constitucionales sobre el uso del suelo y el ordenamiento del territorio. Este es un punto crítico y allí la Corte jugó un papel de armonización de intereses en tensión, y de desarrollo de los principios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad, que deben presidir las relaciones entre la nación y las entidades territoriales.

Igualmente, encuentro una aplicación muy interesante de esta figura, de esta técnica constitucional de la exequibilidad condicionada, en la cual me quiero detener un poco. La exequibilidad condicionada es una técnica para evitar que una norma que admite una interpretación compatible con la Constitución sea expulsada del ordenamiento jurídico mediante una declaración de inexecutable. En otras palabras, es reconocer que una norma determinada admite al menos dos interpretaciones plausibles: una ajustada a la Constitución y otra incompatible con ella, lo que le permite a la Corte declarar la norma exequible respecto de aquella interpretación ajustada a la Constitución, con exclusión de la que le resulta contraria a ella. De esta manera, la norma se preserva el esfuerzo normativo, el esfuerzo legislativo se conserva, se conserva el derecho y se evita que normas útiles que puedan ser compatibles con la Constitución desaparezcan por un viso de inconstitucionalidad en una de sus interpretaciones.

Pues bien, esta técnica de exequibilidad condicionada o inexecutable parcial, como se la quiera mirar, fue aplicada por la Corte Constitucional respecto a un tratado internacional entre Colombia y Canadá, convertida en una orden de declaración interpretativa que el presidente de la República debería realizar al momento de la ratificación del instrumento internacional. También adquiere una dimensión mayor al convertirse en un instrumento de modulación de las relaciones internacionales y el condicionamiento participativo, de contenido participativo, consistió en que la comisión medioambiental allí prevista, en ese acuerdo bilateral, debería tener por la parte colombiana, es decir, va a tener por la parte colombiana representación de las comunidades indígenas involucradas por ese tratado internacional.

Ahora bien, tratando de cerrar el tema de la consulta previa hay unos aspectos de sus reglas que están básicamente decantados en la jurisprudencia y que seguramente serán tomados como fundamento de las normas que expida el

Congreso de la República, de la ley de participación ciudadana, que a su vez está siendo objeto de consulta:

- (I) La titularidad, obviamente, es sobre comunidades indígenas, pero también sobre comunidades negras o afrodescendientes o comunidades rom.
- (II) El objeto de la consulta son las medidas legislativas o administrativas, como lo dice el texto del Convenio 169 de la OIT, pero jurisprudencialmente se amplió, fue objeto de bastante controversia respecto de los propios actos legislativos, es decir, de si un acto legislativo tiene unos contenidos normativos que impliquen la afectación directa de estas minorías, y si la omisión de la consulta previa deriva en inexequibilidad de dicho acto legislativo.
- (III) Hay una discusión ya más académica, en la que no nos vamos a introducir, y es si su omisión constituye un vicio de trámite o si es un vicio formal con entidad sustancial. En todo caso, se advierte el deseo de la Corte de que estas omisiones en las consultas previas no tengan la regla de caducidad de un año, a efectos de que cuando sobrevengan situaciones, o la sociedad advierta, o esté interesada en un enjuiciamiento normativo por omisión de esta consulta, no haya restricciones temporales derivadas de la caducidad de la acción pública.
- (IV) En cuanto a la oportunidad, la consulta debe ser previa, como su nombre lo indica. ¿Previa a qué?, previa a la actuación administrativa, previa a la concesión de la licencia, previa a la explotación del caso, previa al trámite del proyecto de ley, previa incluso a la presentación gubernamental del tratado internacional para la aprobación del Congreso de la República. Esas son las reglas que rigen, jurisprudencialmente, este elemento temporal.

En cuanto a la procedencia, aquí vienen dos puntos claves. Primero: ¿cuándo procede la consulta previa?, y este punto está vinculado al concepto de afectación directa. Y segundo: ¿qué efecto o fuerza tiene la decisión que surja del proceso de consulta?

Respecto de lo primero, la afectación directa es un tema un poco inasible, pero jurisprudencialmente se van haciendo unas acotaciones interesantes. En primer lugar, se acepta que no es incompatible una afectación directa con el diseño de una política general, es decir, normas legales, generales pueden implicar una afectación o riesgo de afectación directa que amerite la consulta previa, pero tampoco puede tratarse de una afectación meramente incidental. Es difícil concebir medidas generales que no afecten a un sector de la población, seguramente unas disposiciones de tránsito o de obras públicas van a afectar a las comunidades en general, incluidas las indígenas. Si la afectación no es directa sino incidental no procede la consulta previa; pero si la afectación es general, de toda la población, y además afecta, por lo menos en igual proporción,



o en igual intensidad, a la comunidad indígena en uno de sus elementos que permita decir que se trata de una afectación inmediata o directa, por supuesto que, a pesar de tratarse de una afectación general de toda la población, procede la consulta respecto de estas comunidades.

Existe un punto clave: ¿qué pasa con las consultas en los planes de desarrollo? La Corte ha dicho: los planes de desarrollo tienen unos procedimientos participativos y en tanto ellos se cumplan no procede la consulta previa. No obstante, la Corte también por vía de tutela ha expresado cómo si esos planes de vida de las comunidades indígenas no están incluidos en los planes de desarrollo proceden los mecanismos de tutela para exigir que se incorporen, y para que la ejecución de aquellas actividades, proyectos o programas, incluidas en el plan de desarrollo y que afectan los planes de vida de estas comunidades, deban hacerse con participación de dichas comunidades.

En armonía con lo hasta aquí expuesto, considero que el tema fundamental es el de presunciones de afectación directa. Yo creo que hacia allá se dirige la jurisprudencia constitucional a efectos de sentar algo más de predictibilidad, respecto de qué debe ser consultado y qué no. Y las presunciones de afectación directa se van estructurando, en primer lugar, a partir del concepto de subsistencia física o cultural de las comunidades, si la afectación amenaza con la existencia misma de las comunidades. Supongamos una comunidad nómada, como se vio en la selva, que va a ser objeto de un impacto muy fuerte por algún tipo de actividad económica, etc., y que pueda, por estas circunstancias específicas, arriesgar su existencia misma como comunidad, o su existencia como cultura, pues allí podemos hablar de una presunción de afectación directa que conduce a que deba haber una consulta. También, cuando las obras, por ejemplo, que implican esa afectación se desarrollan en el escenario del territorio ancestral o de lo que se considere espacio vital de dichas comunidades, en suma, graves e intensas afectaciones pueden ir conduciendo a través de desarrollos jurisprudenciales a precisar, o a tipificar unos casos, unas hipótesis muy, muy definidas de lo que pueden ser presunciones de afectación directa, que faciliten el debate sobre si procede o no una consulta previa y que indudablemente le dé predictibilidad a este tema.

El otro es el tema de la fuerza vinculante. ¿Es una obligación de medio el de la consulta previa, de modo que formalmente realizada ya le podemos poner un chulo y prescindir de la decisión que se haya adoptado? O al contrario, o en el otro extremo, ¿es una forma de cogobierno de estas comunidades?, ¿o de ejercer un poder de veto? Con respecto a este tema, la Corte no ha caído en ninguno de los dos extremos, pero se observa una tendencia a ir desde la consulta meramente formal, a darle una fuerza cada vez más vinculante al contenido de la decisión adoptada por las comunidades. Me explico: no se considera que sea un derecho absoluto el de participación a través de la consulta previa, y que constituya un poder de veto; pero, en la medida en que haya una afectación

más intensa de las comunidades, la fuerza vinculante es cada vez mayor. La Corte ha sostenido, en últimas, que ya no solamente se trata de la obligación de medio de hacer una consulta, sino de la obligación del consenso. Esto parece paradójico, pues nadie puede obligar a dos partes a que se acuerden entre sí. Pero con esto se quiere expresar que es indeseable la unilateralidad, es decir, la adopción de medidas unilaterales por parte de la autoridad sin contar, sin tener en cuenta y sin darle efecto útil a la manifestación de la respectiva comunidad indígena o tribal en la consulta del caso. Incluso, la Corte ha afirmado que, de conformidad con algunas líneas de jurisprudencia internacional, en algunos casos es indispensable el consentimiento libre e informado de las comunidades para la prosperidad de una iniciativa de una medida legislativa o administrativa que implica una afectación directa a las mismas.

En todo caso, como ha dicho la Corte, por ejemplo en la Sentencia T-129 de 2011, cuando se han agotado en la mayor medida posible los esfuerzos para realizar la consulta previa y para buscar un consenso, y no ha sido posible obtenerlo, eso de ninguna manera libera a la autoridad para proferir decisiones inconsultas, en lo absoluto, ni mucho menos decisiones arbitrarias, irracionales o desproporcionadas. De esta manera, ante una afectación directa e intensa y la imposibilidad de lograr una consulta previa, por ejemplo, por renuencia a ser consultado, la autoridad administrativa continúa en la obligación de auscultar e interpretar el querer de las comunidades, de velar por la protección de los intereses y, en modo alguno, puede obrar de una manera arbitraria o autoritaria. Este constituye un punto complejo sobre los efectos de las decisiones de las consultas previas, respecto de lo cual la jurisprudencia va avanzando en la tendencia que les indiqué anteriormente.

Ya para terminar quiero hacer solamente dos reflexiones. En primer término, confesarles que el título de esta conversación “La ciudadanía ambiental” provino de un hermoso libro de un autor italiano, Italo Calvino, que se llama *El barón rampante*. El libro versa sobre un muchacho, el hijo de un barón del norte de Italia, que decidió irse a vivir a los árboles y nunca en su vida tocó tierra. En algún momento gracioso pone el autor a Napoleón a visitarlo, y tienen un diálogo muy gracioso, irónico, donde el ciudadano de los árboles, como se le llamaba al “barón rampante”, le da alguna lección de vida al Emperador. De esta manera, cuando fui apremiado por el despacho del doctor Luis Ernesto a que revelara el título de esta conferencia, se me ocurrió “ciudadanía ambiental” pensando en el ciudadano de los árboles, pensando en esa compenetración que debemos tener con la naturaleza.

Y, finalmente, le decía a mi querido amigo, el doctor Eto Cruz, que nosotros nos criamos sin pensar en el final de la humanidad. En mi niñez y en mi primera juventud, la humanidad tenía un curso progresivo infinito, de ascenso, y era impensable que algún día se fuera a extinguir la humanidad o que se fuera a liquidar el planeta tierra. Yo no creo que nuestros hijos, a la misma edad, estén



pensando lo mismo. En primer lugar, fue el cataclismo nuclear, la teoría de la destrucción mutua asegurada del equilibrio y del terror, lo que nos hace pensar que la humanidad, el planeta Tierra, se puede acabar. Lo dijo trágicamente Arthur Koestler cuando le preguntaron cuál es el personaje del siglo y dijo: la bomba atómica, porque, según respondió, es la primera vez que la humanidad, con probabilidades ciertas, se considera en la hipótesis de desaparecer por completo, de extinguirse, la primera vez que la humanidad anticiparía su propia extinción. Pero ya ni siquiera se trata tampoco de la amenaza de la catástrofe nuclear, hoy en día el cataclismo puede ser el ambiental; la ventaja es, creo, que la humanidad se está dando cuenta a tiempo de lo que nos sobreviene, y que las sociedades y las comunidades cada día adquieren más conciencia ambiental.

Muchas gracias.

Multiculturalismo, consulta previa y Constitución Ecológica*

Gerardo Eto Cruz**

1. Exordio: el Estado Constitucional, replanteando viejos temas en odres nuevos

En los últimos tiempos ha empezado a desarrollarse una profunda reflexión de gran impacto en las políticas públicas¹ de los Estados latinoamericanos relacionada con los pueblos originarios o indígenas que fueron históricamente postergados y desconocidos en parte por el constitucionalismo de la primera hora, y que hoy empieza a renacer el reconocimiento después de casi doscientos años de postergación y marginación por parte de los poderes públicos oficiales.

El elemento indígena, si bien no cobró reconocimiento en la Constitución en forma activa, pese a que estuvo *nominalmente* aludido en diversos textos², en

* Ponencia presentada al *X Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional: Encuentro Constitucional por la Tierra*, organizado por la Corte Constitucional de Colombia, a realizarse en la ciudad de Ibagué (Tolima), durante los días 17 al 19 de septiembre de 2014.

** Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo, en la Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

1 “En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el *diálogo* y la discusión de modo que la riqueza de una sociedad se puede medir por la complejidad de su agenda pública”. Acuña, J. M. (2012). *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*. México: Porrúa, pp. 246-247.

2 Curiosamente, la primera Constitución del mundo, la de Estados Unidos, en parte ya se comprendía en el artículo 1, sección 8, párrafo 3, en la denominada “cláusula comercial”, en la cual se establecía que el Capitolio tenía poder para “reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diversos Estados, y con las tribus indias”. Lo propio en la Constitución de Cádiz de 1812 en el artículo 335, inciso 10, que encomendaba a las diputaciones provinciales a velar “sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos”. Ver: Sagüés, N. P. (2013). Derechos de los pueblos originarios: ¿el derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung / Universidad del Rosario, pp. 382-383.



otras esferas como en la literatura sí ha estado presente, como en el caso del Perú que fue abordado a nivel del pensamiento político³ y en la literatura indigenista⁴. Desde luego, ambos periplos de enfoques se mantuvieron en gran parte del pensamiento político latinoamericano⁵.

Lo que a continuación se desarrollará será una reflexión breve sobre el tema de la *consulta previa* vinculado al ámbito del *medio ambiente*. La exposición va a tener tres ejes temáticos: a) analizar o identificar una base teórica de la consulta previa a partir del multiculturalismo; b) las bases de la consulta previa y su desarrollo en el Perú; c) la Constitución Ecológica a partir de la jurisprudencia del TC peruano.

I. El enfoque del multiculturalismo

El multiculturalismo se viene utilizando en diversos predios, desde la filosofía política, pasando obviamente por la antropología, así como la politología y el derecho, y más específicamente por el derecho constitucional y la sociología política. Si bien es un concepto *polisémico*, su utilización puede permitir estudiar la coexistencia de diversas culturas en un Estado. También el término alude a una *teoría* que parte de aprender y comprender el fenómeno cultural de las naciones. Es probable que la institución de la consulta previa constituya hoy en día un *derecho-instrumento* que ha venido siendo labrado desde los albores mismos del pensamiento del indigenismo y que hoy constituye un derecho fundamental.

Con todo, tras esta institución jurídica de la consulta, existe toda una teoría que, en parte, explica y fundamenta el multiculturalismo.

2. Las bases contemporáneas del derecho fundamental a la consulta previa: el multiculturalismo

a) El planteo de Peter Häberle [t3]

Tradicionalmente, la teoría del Estado la ha venido identificando como una organización que tiene tres elementos: pueblo, territorio y el poder político y su

3 La polémica que se registra fue entre José Carlos Mariátegui y Luis Alberto Sánchez. Ver, al respecto: Aquézolo Castro, M. (comp.). (1976). *La polémica del indigenismo*. Lima: Mosca Azul, 1976; y gran parte de la generación del novecientos entre los que se destacan Víctor Andrés Belaunde, Víctor Raúl Haya de la Torre, Jorge Basadre, Hildebrando Castro Pozo. Pero la gran figura fue, sin lugar a dudas, Luis E. Valcárcel, con su obra *Tempestad en los Andes*.

4 Entre los exponentes sin citar sus obras se destacan Luis E. Valcárcel, Enrique López Albújar, Ciro Alegría, José María Arguedas, Nazario Chávez Aliaga, y el neoindigenismo a través de Manuel Scorza.

5 Ver: Landa Vásquez, L. (2006). Pensamientos indígenas en nuestra América. En: AA.VV., *Crítica y teoría en el pensamiento social latinoamericano*. Buenos Aires: CLACSO. Una aproximación más panorámica puede verse en: Piñero Iñiguez, C. (2006). *Pensadores latinoamericanos del siglo XX. Ideas, utopías y doctrinas*. México: Siglo XXI.

soberanía ínsita en el poder⁶. Sin embargo, desde hace ya varias décadas, Herman Heller atisbaba un cuarto elemento que era el cultural⁷. En la actualidad, esta tesis ha sido modernamente replanteada por el profesor Peter Häberle, quien ha esgrimido que el Estado sí tiene un cuarto elemento identificable por el ámbito o *materia cultural*. Y así, la actual teoría constitucional se viene nutriendo con una ampliación que supera lo normativo en su enfoque de una “Teoría de la Constitución como ciencia cultural”, que fue formulada por vez primera en 1982. Según Peter Häberle, “la teoría de la Constitución como ciencia cultural exige sensibilidad interdisciplinaria y caminos específicos, para desglosar la materia cultural”.

Häberle sostiene que los textos constitucionales no son solo obra normativa sino también:

[La] expresión de un Estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que expresa la mediación de la cultura, marco para la (re)producción y recepción cultural, así como depósito de sobrevenidas informaciones, experiencias, vivencias, y también sabiduría⁸.

Häberle plantea para la Constitución de Alemania una serie de ámbitos, por ejemplo, donde se puede identificar la Constitución cultural y que puede servir para identificar a las demás Constituciones del mundo occidental:

- La dignidad humana como “premisa antropológica cultural” del Estado Constitucional, que tiene la democracia pluralista como “consecuencia organizativa”.
- La “libertad de la cultura”.
- La educación.
- Símbolos estatales como la bandera y los himnos incorporan en el Estado Constitucional un entendimiento (institucional) del Estado.
- El concepto abierto de cultura, el pluralismo de los agentes culturales.
- Derecho constitucional del medio ambiente.
- Cláusula de intangibilidad como garantías de identidad constitucional.

6 Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

7 Heller, H. (1998). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

8 Häberle, P. (2004). La “Teoría de la Constitución como ciencia cultural”, en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental, conferencia inaugural. En: Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, pp. 23-41.



- La presencia de los “preámbulos” como fundamento ideológico de las Constituciones⁹.

A las reflexiones de Häberle ha seguido un debate que aún no termina, si bien el camino lo inicia Charles Taylor desde 1992 cuando publica *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*¹⁰.

El planteo de Taylor: la política del reconocimiento

Las tesis de Charles Taylor es que la política contemporánea gira en torno a la necesidad y a la exigencia de *reconocimiento*. El reconocimiento está vinculado con la *identidad*.

Las tesis que esgrime es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de este o por el *falso* reconocimiento de otros; y así puede ocurrir que una persona o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, en la medida en que la gente o la sociedad que lo rodea le muestra un cuadro limitado, degradante o despreciable de sí mismo: el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento, anota Taylor, puede causar daño.

Hay casos en que la sociedad les ha proyectado una imagen devaluada de sí mismas a las personas, generando una baja autoestima; y esta autodepreciación se transforma en el instrumento más poderoso de su propia opresión¹¹.

Taylor realiza un examen en torno al discurso del *reconocimiento* y de la *identidad* en la historia, en los casos, por ejemplo, de los indios y pueblos colonizados. Precisa que en el antiguo régimen imperaban las jerarquías sociales: el honor expresaba la desigualdad, pues no todos tenían el honor, vinculado intrínsecamente a las *preferencias*. Luego ocurre que el honor fue superado en la denominación por el concepto más universal de la *dignidad*. Este concepto era más compatible con una sociedad democrática.

Es así como la democracia desemboca en una política de reconocimiento igualitario, pero que ahora retorna en la forma de exigencia de igualdad de estatus para la cultura y para los sexos.

9 El trabajo de Peter Häberle puede verse en *El Estado Constitucional* (México/Lima: UNAM/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001). Ver, igualmente: La “Teoría de la Constitución como ciencia cultural”, en el ejemplo de los cincuenta años de la “Ley Fundamental”. En Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, Madrid, pp. 23-41.

10 Taylor, C. (2009). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica.

11 Taylor, *op. cit.*, p. 54.

Taylor refiere que a partir del siglo XVIII se inicia una nueva interpretación de la identidad individual. Él lo identifica como una *identidad individualizada*, expresada como un ideal de la “autenticidad”. Destaca aquí a Rousseau, quien articuló la idea de la identidad con el *sentimiento de la existencia*. A su turno, Herder plantea la idea de que cada uno de nosotros tiene un modo original de ser humano: “Cada persona tiene su propia medida”¹².

Así, Taylor refiere explícitamente: “Hay cierto modo de ser humano que es *mi* modo. He sido llamado a vivir mi vida de esta manera, y no para imitar la vida de otras personas”¹³. Este es el ideal moral que ha llegado hasta la actualidad. Ser fiel a sí mismo significa ser fiel a la propia originalidad que es algo que solo yo puedo articular y descubrir, es el objetivo de autorrealización y autoplenuitud.

Taylor sostiene que Herder aplicó su concepción de originalidad en dos niveles: el individual y también a los pueblos, “que también transmite su cultura entre otros pueblos”.

El multiculturalismo, aclaremos de una vez, si bien tiene toda una base teórica, no lo es en términos exclusivos, pues involucra cuestiones prácticas que afrontan los actuales Estados contemporáneos.

El tema, con todo, no es absolutamente pacífico, pues los planteamientos de Taylor han tenido eco en el marco de la globalización y la llamada era de la posmodernidad¹⁴. Los actuales teóricos a la fecha vienen inquiriendo que el multiculturalismo “es –acaso– posible incluirlo en la lista de las ideologías políticas contemporáneas”¹⁵.

Juan Carlos Velasco expresa que:

[E]l multiculturalismo, en su sentido prescriptivo, puede recibir asimismo acepciones bien diversas. Para algunos, el multiculturalismo podría incluso concebirse como un apartado especial del ecologismo, pues en la medida en que la diversidad en general se considere un bien protegible dentro de un sistema ecológico global, el amparo de la diversidad cultural no ha de resultar menos importante que la defensa de la biodiversidad. Para otros, bajo esa categoría cabe hoy entender la afirmación radical de la diferencia de los distintos grupos que componen una determinada sociedad política, una afirmación que al no ir a menudo acompañada por la búsqueda de nuevas bases sobre las que asentar la convivencia se convierte en realidad, en una

12 Ibid., p. 59.

13 Ibid., p. 60.

14 Foster, H. (ed.). (1985). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós.

15 Velasco, J. C. (2000). El multiculturalismo, ¿una nueva ideología? Alcance y límites de la lucha por las identidades culturales. En José Alcina y María Calés (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XXI*. Madrid: Akal, p. 153.



demanda de separación, cuando no de segregación, de los diferentes grupos en compartimentos estancos. Esta acepción del término “multiculturalismo” como mera yuxtaposición de las diferencias entre grupos apenas logra ocultar las formas fuertes de un comunitarismo hostil a la coexistencia de culturas diferentes¹⁶.

Con todo, de lo que no queda duda es de que el multiculturalismo, sea que se entienda como una corriente ideológica del siglo XXI, como un proyecto político y de una nueva visión global de las relaciones sociales, o como una corriente ecológica ya expuesta, representa, a la postre, una reacción frente al *asimilacionismo* ejercido por una cultura mayoritaria con el fin de reivindicar el derecho de las minorías a la diferencia¹⁷.

Uno de los descollantes exponentes del multiculturalismo, Will Kymlicka, plantea, por ejemplo, a modo de enumeración, que minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto a temas como “derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales”¹⁸. En este enunciado tan variado no cabe duda de que la problemática de las reivindicaciones territoriales y la consulta previa tienen un marco explicativo a partir del multiculturalismo que hoy concita la reflexión del cosmopolitismo constitucional.

Y no podía ser de otra manera, puesto que hoy las reivindicaciones de las minorías que se expresan en derechos colectivos, derechos individuales homogéneos, derechos transindividuales, supraindividuales o colectivos y difusos son categorías conceptuales de orden procesal que pueden ser manejadas hoy por la moderna jurisdicción constitucional que hoy desarrollan los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales¹⁹.

3. Los escenarios que afronta el multiculturalismo

Actualmente, entre los retos que debe afrontar y resolver el multiculturalismo, tenemos los siguientes:

- a) Las sociedades contemporáneas enfrentan a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y sus derechos.

16 Ibid., p. 151.

17 Ibid., p. 153.

18 Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, p. 37.

19 Verbic, F. (2007). *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Astrea, pp. 211 y ss.

- b) Solo en el caso de los grupos minoritarios relacionados con la consulta previa existe una compleja utilización de términos vinculados a poblaciones indígenas y cada país ha definido, a su criterio, la utilización de términos distintos uno de otro país. Con todo, en la práctica no solo existen definiciones distintas y a veces contradictorias. Así, encontramos términos como “poblaciones indígenas”, “aborígenes”, “nativos”, “silvícolas”, “minorías étnicas”, “minorías nacionales”, “poblaciones tribales”, “poblaciones semitribales”, “minorías lingüísticas”, “minorías religiosas”, “indios”, o simplemente “tribus”, “tribus semibárbaras”, “poblaciones no civilizadas”, “poblaciones no integradas a la civilización”, “pueblos no contactados”, “pueblos indígenas”, “autóctonos”, “poblaciones autóctonas”, entre otras²⁰.
- c) Solo en materia de lenguas indígenas, el multiculturalismo informa que en América Latina existen 671 pueblos indígenas, con sus propios idiomas, por lo que no cabe duda de la compleja y heterodoxa diversidad lingüística²¹.
- d) Una exigencia más intensa de los pueblos indígenas es el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, derechos que, por lo demás, tienen sustento en el *bloque de convencionalidad*²²; y una de las manifestaciones de satisfacción de este derecho es a través del respeto, protección y garantía del derecho de los pueblos indígenas a la *participación política*; y otro derecho más específico que hoy se enarbola es precisamente la *consulta previa*.
- e) Se plantea, en esta línea, que “no basta con reconocer un derecho de consulta, que no implica vinculatoriedad de la opinión, sino que es necesario un real y verdadero derecho de participación que debe reunir

20 Stavenhagen, R. (2012). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / El Colegio de México, p. 135.

21 Aguilar, C. et al. (2011). *Justicia constitucional y modelo de reconocimiento de los pueblos indígenas*. México: Porrúa, p. 43. Domingo García Belaunde anota:

En nuestro continente [existen] varias lenguas, de las que señalamos las principales y que tienen la composición siguiente:

Náhuatl	1.600.000
Quechua	6.000.000
Maya	600.000
Aymara	2.250.000
Guaraní	4.820.000
Quiché (maya)	1.120.000

A lo que habría que agregar las lenguas amazónicas, que son más de sesenta, y que cuentan con pocos hablantes (que oscilan entre 50.000 y 5.000).

(García Belaunde, D. Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú). En: en Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 100).

22 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 1, artículo 25; Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.



tres características básicas: la participación debe ser libre, previa e informada”²³.

- f) Una fuerte crítica gira en torno a la participación de los pueblos indígenas u originarios cuya participación (en el caso de la consulta previa), al no ser *vinculante*, en el fondo no satisface los criterios internacionales de participación de dichos pueblos²⁴. En efecto, una cosa es la consulta previa y otra la participación, y esta última envuelve el *consentimiento vinculante*. De allí que incluso la Constitución de Bolivia liderada por Evo Morales, pese a ser probablemente la más avanzada²⁵, aún no alcanza los estándares propuestos por la OIT en el Convenio N.º 169.
- g) Los derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales constituyen hoy en día el centro de gravitación de los discursos y reivindicaciones de los pueblos indígenas a nivel planetario²⁶. Se observa que en la mayoría de textos constitucionales existen cláusulas expresas relacionadas a pueblos indígenas, sus tierras, territorios y recursos naturales²⁷.
- h) Finalmente, el multiculturalismo plantea que los Estados y sus instituciones lleguen a un arreglo justo con aquellas minorías que existen en su interior. En tal perspectiva, se ha planteado un interrogante crucial: ¿cómo debe tener lugar el acomodo de las minorías etnoculturales, en términos de justicia, tanto con el Estado-nación como con las principales instituciones políticas básicas?²⁸.

Estos y otros planteos más están en el actual horizonte que enfrenta el multiculturalismo como teoría y como práctica de solución. Son los retos que igualmente atraviesa, hay que decirlo, la jurisdicción constitucional que muchas veces puede declarar fundadas las pretensiones de los conflictos territoriales, medioambientales y de consultas previas, pero cuyas sentencias resultan ser más difíciles de cumplir en el marco del conflicto con el Estado y con las grandes transnacionales y grupos poderosos económicamente.

4. La posición del Tribunal Constitucional respecto al multiculturalismo

El TC peruano no ha estado exento de incorporar los criterios teóricos y metodológicos que suministra el multiculturalismo para repensar la

23 Aguilar, G. *et. al.*, *op. cit.*, p. 31.

24 Ver el caso *Yatama* de la Corte IDH, igualmente: Aguilar, G. *et. al.*, *op. cit.*, pp. 31-36.

25 Constitución de Bolivia de 2008: artículos 30.11.15, 0.11.16 y 18.

26 Aguilar, G. *et. al.*, *op. cit.*, pp. 35 y 53.

27 Ver: Stavenhagen, R., *op. cit.*

28 Ibarra Palafox, F. (2005). *Minorías etnoculturales y Estado nacional*. México: UNAM, pp. 27-28 y ss.

problemática que afrontan los pueblos y culturas diversos en los países multiculturales y multiétnicos como es el Perú.

Así, el TC entiende que el multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: “como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales”²⁹. Tomando en cuenta a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico, el TC reconoce la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú³⁰. Pero este reconocimiento “no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de nación y, por consiguiente, de la identidad nacional”³¹.

Por ello, es bueno que las jurisdicciones constitucionales de Latinoamérica, al menos, empiecen a repensar la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea. En efecto, desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe repensarse:

Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes³².

Y es que si la cláusula constitucional de igualdad (artículo 2, inciso 2 de la Constitución) contiene un reconocimiento implícito de tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana³³, no cabe duda de que “la tolerancia a la diversidad contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravengan directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado”³⁴.

29 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 13.

30 STC N° 00042-2004-AI/TC, fundamento 1.

31 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 13.

32 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 14.

33 STC N° 00022-2009-PI/TC, fundamento 3.

34 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 14.



De otro lado, los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica deben ir evaluando el problema de la *aculturización* que se viene desarrollando desde hace mucho tiempo y que hoy se expresa con la *política de asimilación*. El reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. Como enfatiza el TC: “El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son ‘menos avanzadas’, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de ‘superación cultural, al ser absorbidas por la sociedad dominante”³⁵. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, “es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad”³⁶.

5. El multiculturalismo en la Constitución de 1993: breve brochazo panorámico

Se pueden enunciar las siguientes cláusulas constitucionales que permiten una apreciación multicultural:

- a) El artículo 1° que regula el principio kantiano de que la persona es eje, centro y fin en sí mismo.
- b) El derecho a la identidad (artículo 2,1).
- c) El derecho a la igualdad (artículo 2,2).
- d) Libertad de información (2,4).
- e) Derecho de acceso a la información (2,6).
- f) Derecho de asociación (2,13).
- g) Derecho a la propiedad (2,6 y 70).
- h) Derecho a la participación en la vida política de la nación (2,12 y 17).
- i) Derecho a la identidad étnica y cultural (2,14).
- j) Derecho a usar su propio idioma (2,19).
- k) Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (2,22).
- l) Derecho a la salud (7).
- m) Derecho a la educación (13).

35 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 15.

36 *Ibid.*

- n) Fomento de la educación intercultural (17).
- o) Bienes culturales declarados patrimonio cultural de la nación (21).
- p) Idiomas oficiales y lenguas aborígenes (48).
- q) Ciudad del Cusco como capital histórica (49).
- r) Tratados forman parte del derecho nacional (55).
- s) Recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación (66).
- t) Promoción de la Amazonía (69).
- u) Derecho de propiedad sobre la tierra de comunidades campesinas y nativas (88).
- v) Imprescriptibilidad de tierras de comunidades campesinas y nativas (89).
- w) Respeto a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (89).
- x) Comunidades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (149).
- y) La ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los consejos regionales y consejos municipales (191).

Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, este articulado debe complementarse con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 27, establece lo siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

De lo expuesto, resulta fácil advertir que la Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. El reconocimiento de la diversidad, que hace nuestra Constitución, permite, de este modo, la incorporación de unos específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello su plena afirmación y el libre desarrollo de su *ethos* social. Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal. En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde solo el reconocimiento de un “estatus jurídico” particular a las comunidades



indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad³⁷.

A partir de este amplio elenco, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera, se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el diálogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona, los principios de soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno³⁸.

6. Rol de la jurisdicción constitucional en un Estado multicultural y multiétnico³⁹

La Constitución Multicultural no debe ser, sin embargo, solo un marco conceptual que se alimente de la retórica y/o de vacías categorías dogmáticas, sino un principio efectivo contenido en la obligación del Estado de asumir políticas multiculturales adecuadas, y en una especial labor del juez ordinario y constitucional en la resolución de específicas controversias jurídicas. De nada vale que el marco jurídico y la política hayan sido penetrados por esta nueva perspectiva multicultural, si en la aplicación concreta de dicho marco jurídico o al surgir conflictos derivados de políticas multiculturales, el juez ordinario o el juez constitucional no incorporan también dicha óptica en la solución de los casos sometidos a su jurisdicción. En este punto, es crucial la función de la interpretación jurídica y, en el caso concreto, de la interpretación constitucional.

No debe escapar, pues, a la jurisdicción constitucional que la interpretación de las disposiciones que integran la Constitución Multicultural reúne algunas peculiaridades que es menester explicitar en vista de sus significativas implicaciones al momento de emprender la labor de concretización –y efectiva protección– de los derechos que aquella comprende.

Ahora bien, parece claro que la tarea consistente en definir en qué podría radicar esa especificidad no puede valerse ya (solo) de la invocación de otras normas jurídicas, ni mucho menos de alambicadas construcciones teóricas. Antes bien, una circunstancia tal obliga a la jurisdicción constitucional a asumir un enfoque multidisciplinario conducente a introducir algunos elementos extranormativos a su labor interpretativa con el fin de arribar a una mejor comprensión de la estructura social del grupo (o grupos) de cuyos derechos se trata.

37 STC N° 04611-2007-PA/TC, fundamento de voto de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, fundamento 8.

38 STC N° 01126-2011-HC/TC, fundamento 16 *in fine*.

39 STC N° 04611-2007-PA/TC, fundamento de voto de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, fundamentos 10 a 17.

En ese sentido, hay que partir por reconocer que, en lo que atañe a su parte dogmática, la Constitución asume de ordinario una visión occidental de los derechos fundamentales, según la cual estos se caracterizan por ser universales y por admitir únicamente titularidades individuales o personales. Son universales en la medida en que el derecho-principio de dignidad humana que les sirve de sustento corresponde a todas las personas sin distinción alguna. Y son de titularidad individual pues los mecanismos de defensa que ellos otorgan se enderezan a proteger a la persona individualmente considerada y a maximizar su privado círculo de intereses. Por supuesto, esta última consideración admite algunos matices como consecuencia del modelo social de Estado de derecho que la Constitución consagra. Sin embargo, hemos de convenir que ambas características –universalidad e individualidad– constituyen, en principio, la plataforma conceptual desde la cual el juez constitucional define el contenido de (y resuelve los conflictos entre) los derechos fundamentales.

Sin embargo, si dirigimos nuestra atención hacia aquellas tradiciones y costumbres que las comunidades campesinas y nativas comparten, se podrá advertir rápidamente que su visión comunitaria sobre la vida en sociedad difiere notoriamente de la matriz ideológica que se ha descrito línea arriba. En efecto, si hay algo que distingue a las comunidades campesinas y nativas respecto de otros tipos de colectivos, es precisamente el conjunto de lazos de cooperación y cohesión que une a cada uno de sus miembros y que forman parte de su estructura como grupo social. Ello explica bien por qué nociones tales como “progreso”, “propiedad”, “bienestar”, “religión”, “honor”, entre otras, estén siempre cifradas en relación con la comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados. En dicho contexto, donde la persona determina su desarrollo y lo conecta, de modo tan directo y esencial, con el bienestar de la comunidad, los intereses de esta siempre son entendidos, más que en cualquier otro contexto, como intereses suyos. Así, un atentado contra los intereses de la comunidad será sentido, por cada individuo de ella, como un atentado contra sus propios intereses.

De lo expuesto cabe concluir que el proceso interpretativo conducente a definir el contenido de los derechos que comprende la denominada *Constitución Multicultural* exige partir de un enfoque culturalmente abierto, de modo tal que el juez constitucional se mantenga siempre atento a la cosmovisión del grupo humano titular de los derechos que interpreta y, al mismo tiempo, esté dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia visión sobre el mundo en aras de arribar a una solución equitativa y acorde con el sustrato cultural que la Norma Fundamental reconoce.

Así también parece haberlo entendido la Corte Constitucional de Colombia cuando, asumiendo un criterio que debemos compartir, señala lo siguiente:

(...) en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún



otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo e interlocución –directa o indirecta– entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe preferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el *ethos* y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-510/98, M. P. Cifuentes Muñoz).

II. La consulta previa

7. Bases y fundamentos de la consulta previa

Los cimientos o bases sobre los que se puede hoy identificar el derecho a la consulta previa descansan en una serie de aspectos que vamos brevemente a enumerar:

7.1. Fundamento de carácter principista

Existe un conjunto de principios iniciales en los que se pueden encontrar las bases de carácter principista. Se trata de principios que trascienden el ordenamiento jurídico de cada país, pues tienen un carácter universal. Así, encontramos aquí los siguientes:

7.1.1 El principio de la dignidad humana

Un primer fundamento axiológico de la consulta previa se ubica, desde luego, en la dignidad humana, valor cuyo respeto, junto a la defensa de la persona humana, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución peruana). Así, pues, partiendo de la clásica concepción kantiana, se entiende que la persona humana debe ser vista siempre como un fin en sí mismo a cuya optimización debe propender el Estado y la sociedad en su conjunto, y no como un instrumento o medio para lograr un determinado objetivo. Es claro que en este esquema el Estado y sus fines colectivos ceden el puesto central que otrora detentaban, para que ahora sea el ciudadano y sus derechos el centro del sistema político y social en el Estado democrático de Derecho⁴⁰.

Y decimos que la dignidad humana es un primer fundamento del derecho a la consulta previa, no solo por la razón ontológica de que la fundamentación

40 Entre los valores superiores con los que se relaciona la dignidad se encuentra: a) el valor libertad, b) el valor justicia, c) el valor igualdad y d) el *valor pluralismo político*. Ver: Oehling de los Reyes, A. (2010). *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; Rey Martínez, F. (2013). *La dignidad en serio. Desafíos de los derechos fundamentales*. México: Porrúa, pp. 329 y ss.

de todos los derechos se reconduzca a dicho valor supremo y fundante, sino también porque aquella imprime una noción básica a este derecho atribuible de los pueblos indígenas, cual es que estos no pueden ser instrumentalizados en aras de lograr un fin colectivo, como lo podría ser el fomento de la inversión privada y el crecimiento de la economía a través de la explotación de los recursos naturales. Respetar la dignidad de los pueblos indígenas, en ese contexto, conlleva necesariamente consultarle sobre las medidas que puedan afectarlos, y en ningún caso “cosificar” a estos colectivos como meros instrumentos al servicio del desarrollo económico de la nación.

7.1.2. Derecho a la participación

Aunque podría esgrimirse que este derecho puede ser identificado como el género y la consulta previa como la especie⁴¹, en estricto el tema no es aparentemente simple como ha señalado Ulmann, pues en la historia de las ideas políticas se pueden apreciar dos grandes teorías en torno al poder político: la ascendente y la descendente. En la primera se puede entender gráficamente la pirámide, en cuya base se encuentra la ciudadanía y que este poder va ascendiendo en el vértice arriba, residiendo finalmente en el príncipe, el monarca, el jefe o, en versión republicana, en el presidente. La otra teoría descendente o teocrática sostiene que el poder proviene de Dios que otorga las leyes a los pueblos por medio de sus reyes. Aquí también hay una pirámide, aunque el centro de gravitación dimana de su vértice y no de su base⁴².

Ambas teorías, anota Ramón Ruiz, se han ido sucediendo a lo largo de los siglos y pueden encontrarse en tres momentos históricos muy amplios:

- La antigüedad clásica: donde imperó una variante de la teoría ascendente.
- La concepción descendente de la participación política o teoría de la no participación.
- La concepción moderna de la participación política: donde se recupera nuevamente en el mundo occidental la teoría ascendente⁴³.

Hoy, no cabe duda, se ha superado la *concepción teocéntrica* del mundo (concepción descendente del poder) y se predica en el mundo occidental una *concepción antropocéntrica* que identifica la teoría ascendente en la que se encuentra el derecho a la participación. En consecuencia, no se puede discutir que la participación ciudadana es un principio fundamental que “ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho, y (...) persigue un

41 Arias López, B. (2012). Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos originarios campesinos y el régimen constitucional boliviano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 18, pp. 187-214.

42 Ruiz Ruiz, R. (2008). La participación política en la historia. *Derechos y Libertades*, 18, época II, pp. 17-51.

43 *Ibid.*, pp. 19, 27, 35.



incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales (Sentencia C-1338/00 de la Corte Constitucional colombiana)⁴⁴.

Sin embargo, este derecho no se limita a la participación propiamente *política*, sino también a todo aquel ámbito económico, social y cultural en el que rige (o deba regir) una auténtica democracia. Así lo entiende también el TC, cuando afirma que la participación política

(...) constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que este no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato o, si se prefiere, en el Estado-institución, sino que se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado⁴⁵.

7.1.3 Derecho a la libre determinación de los pueblos

El derecho a la libre determinación descansa en diversas resoluciones de la ONU, sobre todo destaca la 2625 (XXV) y de otros textos internacionales como el artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de Derecho de 1966 y el principio VIII del Decálogo contenido en el Acta Final de Helsinki de 1975, allí se precisa que *todos los pueblos* tienen derecho a la libre determinación.

Con todo, es necesario indicar que si bien este principio es de carácter universal y que trasciende en su aplicación las situaciones coloniales, pues alcanza a los pueblos de cualquier Estado, “este principio no respalda a las colectividades integrantes de Estados consolidados a separarse de ellos y erigirse en entidades independientes”⁴⁶. En efecto, para los casos de las comunidades o grupos colectivos como los pueblos autóctonos o comunidades indígenas, “el derecho de los pueblos dentro del Estado se traduce en un derecho de participación democrática en los asuntos públicos sin exclusiones ni distinciones basadas en el origen étnico o las creencias u opiniones”⁴⁷.

Se debe deslindar por un lado y enfatizar por otro que el principio de autodeterminación no es homologable a los derechos que tienen los pueblos coloniales. En el caso de los pueblos indígenas, como anota Manuel Díez:

(...) parece oportuno advertir que, al concurrir en ellos en diverso grado ciertas características vinculadas al concepto de pueblo, entre ellas el

44 STC N° 05777-2008-HD/TC, fundamento 4.

45 STC N° 05741-2006-PA/TC, fundamento 3.

46 Díez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, p. 295.

47 *Ibíd.*, p. 296.

mantenimiento de un particularismo cultural (lengua, religión, tradiciones, instituciones diferenciadas del resto de la población), la vinculación ancestral con las tierras que ocupan y la autoidentificación y conciencia de grupo, vienen reclamando con insistencia, en el seno del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, su derecho a la autodeterminación con un alcance limitado a su vertiente interna⁴⁸.

Asimismo, ya que la propia Resolución 2625 (XXV) reconoce entre las formas de ejercicio del derecho a la autodeterminación, junto a la independencia y a la asociación o la integración con un Estado independiente, la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo, una de las posibles vías para hacer efectivo ese derecho y reforzar el carácter representativo del gobierno del Estado podría ser el acceso de las colectividades en el seno de dicho Estado a un grado aceptable de autonomía política⁴⁹.

En consecuencia con lo expuesto, la libre determinación de los pueblos es, en rigor, otro fundamento axiológico del derecho a la consulta previa, y diríase que la libre autodeterminación es un concepto continente y que se proyecta, entre otras manifestaciones, en la consulta previa.

El Tribunal Constitucional no ha estado ajeno a esta reflexión, y ha tenido oportunidad de precisar que la libre autodeterminación de los pueblos es la capacidad de

(...) [los] pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales⁵⁰.

En este marco declarativo, el TC finaliza precisando que este derecho a la libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. En efecto, aquel derecho iusfundamental, que viene a ser una concretización también del artículo 2.17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas⁵¹.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 32.

51 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 33.



7.1.4 Derecho a la identidad étnica y cultural

El Tribunal Constitucional ha identificado el derecho a la identidad étnica como una especie del derecho a la identidad cultural⁵². Sin embargo, ha conceptualizado que “consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás”. Así, recogiendo lo expresado a su turno por Peter Häberle, el TC concluye que el reconocimiento de este derecho iusfundamental “supone que el Estado social y democrático de derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural”⁵³. Sin embargo, el TC ha creído oportuno precisar que:

Dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” (...) su interpretación no debe restringirse solo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local dentro del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no solo a los grupos étnicos⁵⁴.

En consecuencia, se trata de una apertura de interpretación, desde el multiculturalismo, que los actuales tribunales constitucionales de América Latina utilizan como instrumentos hermenéuticos⁵⁵.

En otro fallo, el TC ha establecido precisamente que el derecho a la consulta previa

(...) tiene como fundamento el reconocimiento de la *identidad* de los pueblos indígenas y su propósito es favorecer la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana⁵⁶.

52 STC N° 0006-2008-PI/TC, fundamento 21; STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 3.

53 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamentos 29 y 30.

54 STC N° 0006-2008-AI/TC, fundamento 21.

55 Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas por los Tribunales de América Latina. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, 10, pp. 53-80.

56 STC N° 0025-2009-AI/TC, fundamento 22.

7.2. Fundamento de carácter normativo

7.2.1. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

La regulación internacional en materia de pueblos originarios o indígenas, así como la problemática de la libre autodeterminación, y consulta previa entre otros aspectos, se encuentran reguladas a nivel del *bloque de convencionalidad*, esto es, de tratados internacionales en materia de derechos humanos a nivel regional, y de tratados internacionales de carácter universal.

7.2.2 *Tratados internacionales*

- Convenio OIT 108, sobre pueblos indígenas y tribales (1957). Este instrumento es de especial relevancia, dado que es el primer instrumento internacional de carácter vinculante que se encarga íntegramente de la protección y promoción de derechos de las poblaciones indígenas y que es el marco de reflexión previo al Convenio 169.
- Convenio OIT 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).
- Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Tratados de orden regional (bloque de convencionalidad) [t3]

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Existen otros instrumentos no por ello menos importantes a nivel del sistema interamericano:

- Carta Democrática Interamericana.
- Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza.
- Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁷.

⁵⁷ Alva Arévalo, A. (2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 76. pp. 31-53.



7.3 Fundamento de jurisprudencia convencional

A nivel del control convencional, la Corte IDH ha venido conociendo diversos casos en donde ha sentado las bases jurisprudenciales de una doctrina convencional, una interpretación convencional y una cosa juzgada convencional en materia de aspectos vinculados al multiculturalismo y consulta previa; entre otros, tenemos los siguientes, que constituyen referentes a nivel de las jurisdicciones constitucionales de cada país:

- Comunidad *Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*: Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2001.
- Comunidad *Moiwana vs. Suriname*: Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 15 de junio de 2005.
- Comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*: Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de junio de 2005.
- Comunidad indígena *Sawhoyamaya vs. Paraguay*: Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de marzo de 2006.
- Pueblo *Saramaka vs. Surinam*: Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2007.
- Comunidad *Xákmok Kásek vs. Paraguay*: Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010.
- Pueblo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: Sentencia de Fondo y Reparaciones. 27 de junio de 2012.

bloqueo de constitucionalidad No cabe duda de que, a nivel de los ordenamientos jurídicos internos, cada país, a su modo, ha empezado a reconocer el derecho de los pueblos indígenas y, en especial, el derecho de la participación y la consulta previa. Aunque no existe una tipología de reconocimiento constitucional, los textos constitucionales, a la postre, son interpretados por los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales.

Los ordenamientos constitucionales que han reconocido en diversas formas la problemática y sus derechos de los pueblos indígenas son⁵⁸: Argentina⁵⁹,

58 Ver: Aguilar, C. *et. al.*, *op. cit.*, p. 2 y 115-147; igualmente, ver: Stavenhagen, *op. cit.*

59 Constitución argentina de 1994: artículos 75.17 y 75.19.

Australia, Bolivia⁶⁰, Brasil⁶¹, Canadá, Chile, Colombia⁶², Costa Rica⁶³, Ecuador⁶⁴, El Salvador⁶⁵, Federación Rusa, Finlandia, Guatemala⁶⁶, Honduras⁶⁷, México⁶⁸, Nicaragua⁶⁹, Nueva Zelanda, Panamá⁷⁰, Paraguay⁷¹, Perú⁷², Sudáfrica, Suecia y Venezuela⁷³.

Sin embargo, la consulta previa no solo debe tener un fundamento de orden constitucional, sino que, para los efectos prácticos, debe tener una legislación ordinaria que desarrolle y complemente, tanto lo que se encuentra delineado a nivel de las fuentes heterónomas o externas, como son los instrumentos de orden internacional ya aludidos, como de la propia Constitución. Así, en la práctica, con el desarrollo legislativo ordinario se cierra un círculo de nivel más operativo: su desarrollo instrumental por las leyes ordinarias. Bien cabría identificar a toda aquella legislación como una parte del *bloque de constitucionalidad*, en tanto se trata de normas ordinarias, pero con contenido constitucional y convencional. A parte de que el Convenio 169 en los hechos exige que cada Estado miembro implemente el citado Convenio, promulgue normas que desarrollen el régimen de la libre determinación, del desarrollo y la participación, la consulta y el consentimiento.

60 Constitución de Bolivia de 2009: artículos 1 al 3, 5.I, 5.II, 8.I, 10.I, 11.I.3, 17, 18.III, 21.1, 26.I, 26.I.4, 30, 31.I, 31.II, 32, 35.II, 45.II, 45.V, 56.I, 78.I, 79, 80.II, 83, 84, 86, 91, 93.IV, 96, 97.I, 99, 101, 108.I, 180, 187, 191, 192, 193, 198.I, 200, 203o, 206.I, 209.II, 210, 211.I, 211.III, 212, 219 .II, 243, 256.II.3, 256.II.4., 265.I, entre otros.

61 Constitución de Brasil de 1988: artículos 210.2, 215.1, 231 y 232.

62 Constitución de Colombia de 1991: artículos 7, 9, 10, 63, 68, 72, 96.2.c, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329 y 330.

63 Constitución de Costa Rica de 1949: artículo 76.

64 Constitución de Ecuador de 2008: artículos 1, 2, 3.1, 6, 7, 10, 11.2, 11, 7, 13, 14, 16.1, 21, 23, 25, 27, 28, 32, 38, 45 56 al 60, 71, 74, 83.10, 84, entre otros.

65 Constitución de El Salvador de 1983: artículo 62.

66 Constitución de Guatemala de 1985: artículos 58, 66 al 70, 76, 98, 143 y 18.

67 Constitución de Honduras de 1982: artículo 173.

68 Constitución de México de 1917: artículos 2, 27.VII, 89.X y 115.III.

69 Constitución de Nicaragua de 1987: artículos 5, 8, 11, 34.6, 49, 89, 90, 91, 103, 107, 121, 175, 177, 180, 181 y 197.

70 Constitución de Panamá de 1972: artículos 84, 86, 104, 120, 122, 123 y 321.1.

71 Constitución de Paraguay de 1992: artículos 38, 62 a 67, 77, 140, 143 y 268.

72 Constitución de Perú de 1993: artículos 2.19, 17, 48, 88, 89 y 149.

73 Constitución de Venezuela de 1999: artículos 19, 100, 119 a 126, 156.32, 166, 169, 181, 186, 260, 281.8 y 327.



7.5 Las decisiones jurisdiccionales como fundamento de la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa en la jurisdicción constitucional peruana

Así como la Corte IDH ha venido marcando la pauta del desarrollo y contenido esencial de la consulta previa, lo propio ocurre en cada jurisdicción constitucional interna de los países que interpretan todo este bloque normativo a partir de sendos procesos constitucionales que plantean las comunidades nativas e indígenas o sus representantes, cuando estas ven afectados sus derechos a su territorio, medio ambiente y calidad de vida por decisiones de las empresas privadas y del Estado.

En el caso del Perú, el TC se ha pronunciado en los últimos años en diversos casos provenientes bien sea de procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, proceso de cumplimiento y proceso de inconstitucionalidad. Veamos:

- STC N.º 03343-2007-PA/TC (caso Cordillera Escalera), publicada el 20 de febrero de 2009.
- STC N.º 04611-2007-PA/TC (caso Sawawo Hito), publicada el 15 de abril de 2010.
- STC N.º 06316-2008-PA/TC (caso Pueblos indígenas en aislamiento voluntario), publicada el 30 de junio de 2010.
- STC N.º 05427-2009-PC/TC (caso AIDSESEP vs. Ministerio de Energía y Minas), publicada el 23 de agosto de 2010.
- STC N.º 0023-2009-PI/TC (caso Decreto Legislativo N.º 1079, que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas), publicada el 19 de octubre de 2010.
- STC N.º 0025-2009-PI/TC (caso Ley N.º 29338, Ley de Recursos Hídricos), publicada el 17 de marzo de 2011.
- STC N.º 0027-2009-PI/TC (caso Decreto Legislativo N.º 1020, que promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario), publicada el 14 de abril de 2011.
- STC N.º 0022-2009-PI/TC (caso Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales), publicada el 17 de junio de 2011.
- STC N.º 0024-2009-PI/TC (caso Decreto Legislativo N.º 994, que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola), publicada el 9 de agosto de 2011.
- STC N.º 01126-2011-PHC/TC (caso Tres Islas), publicada el 24 de septiembre de 2012.

8. La posición del TC peruano en torno a la consulta previa. Un largo desarrollo conceptual

8.1 Aproximación conceptual a la consulta previa

La consulta previa es un derecho fundamental que ostentan, no las personas individuales⁷⁴, sino las entidades colectivas expresadas en los pueblos originarios, nativos o comunidades indígenas. Se trata de un derecho de *carácter instrumental*, “un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrían directa implicancia en el territorio donde se asientan”⁷⁵. Subyace en la consulta previa un *diálogo intercultural*⁷⁶, entre los pueblos consultados que no son “simples receptores” de información en la consulta, sino que deben expresar sus puntos de vista⁷⁷.

Como todo derecho fundamental, la consulta previa e informada tiene límites y un *contenido esencial*. Así, en lo que atañe a estos últimos,

(...) el contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta⁷⁸.

De otro lado, los límites de este derecho consisten en que las comunidades no se encuentran habilitadas para ejercer el derecho al veto. La consulta se rige por un conjunto de principios que lo gobiernan: la oportunidad en la consulta, la interculturalidad en el diálogo, la buena fe en las partes, la flexibilidad en los procedimientos, el plazo razonable en el proceso, la ausencia de coacción o condicionamiento, la información oportuna. La consulta, finalmente, presupone en su desarrollo una serie de etapas que se llevan a cabo en el proceso mismo del diálogo intercultural de la consulta.

De otro lado, la identificación de la medida objeto de consulta son las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. De modo que, de

74 STC N° 0025-2009-PI/TC, fundamento 22: “El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT”.

75 STC N° 06316-2008-PA/TC, fundamento 18.

76 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamentos 14 y 17.

77 STC N° 06316-2008-PA/TC, fundamento 25; y STC N.° 0022-2009-PI/TC, fundamento 37.

78 STC N° 0022-2009-PA/TC, fundamento 37.



concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se procede a una consulta previa respecto de tales medidas⁷⁹. Tras la consulta, subyace o se persigue una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas⁸⁰.

El derecho a la consulta es, pues, una concretización, más que el derecho de participación⁸¹ un derecho a la *libre autodeterminación* de los pueblos⁸². Se trata, por tanto, de un derecho fundamental específico derivado de su reconocimiento en un tratado internacional que se ubica en los marcos del *bloque de convencionalidad* y cuya omisión a su desarrollo legislativo puede motivar una manifestación de una *inconventionalidad por omisión*⁸³.

El TC ha venido, con ritmos y tiempos distintos, y con procesos constitucionales diversos, delineando un conjunto de ideas-fuerza de carácter axiológico en sus fallos que permiten un desarrollo conceptual y desde su propia concepción asume una particular forma de apreciar la consulta previa. En tal sentido, subyace en estos *obiter dicta* un *enfoque multicultural* a partir de la jurisdicción constitucional que ha venido sintonizando y liderando la Corte Constitucional de Colombia, entre otros.

8.2. Marco introductorio: el derecho a la consulta como diálogo intercultural

Lo que vamos a desarrollar aquí son diversas apreciaciones que rodean diversos núcleos que entrañan la forma de ver y entender la consulta previa, y que recientemente el Estado, como consecuencia de uno de esos fallos, se vio obligado a desarrollar la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N.º 29785, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de septiembre de 2011, para dar cumplimiento a la sentencia en que se exhortó a emitir en plazo razonable la referida Ley.

Antes de esbozar una aproximación en torno a la consulta previa, el TC ha precisado que el Convenio OIT 169 pretende erradicar un modelo de *asimilación*

79 Ley N.º 29785: artículo 9.

80 STC N.º 0022-2009-PI/TC, fundamento 18.

81 STC N.º 03343-2007-PA/TC; STC N.º 0025-2009-PI/TC, fundamento 20; STC N.º 05427-2009-PC/TC, fundamento 62: "(...) este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así, pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6, inciso b) y 7".

82 STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamentos 32, 34, 35, 36 *in fine*, 39 y 40.

83 STC N.º 05427-2009-PC/TC, fundamentos 9, y 23 al 27.

de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello, no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano; sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido con el fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada para tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida⁸⁴.

Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que para el TC es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas:

(...) una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente: "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...). 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"⁸⁵.

De otro lado, según precisa el TC, el mandato establecido en el artículo 6:

(...) es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos⁸⁶.

84 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 14.

85 *Ibid.*, fundamento 15.

86 *Ibid.*, fundamento 17.



8.3. Bases y sustento de la consulta previa

El TC ha concebido como premisa que el régimen de la consulta previa tiene como “base y sustento” el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Así, pues, para el TC:

(...) la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales⁸⁷.

El TC concluye que esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, “sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa”⁸⁸.

8.4. La fuente normativa del derecho a la consulta previa en el planteamiento del TC

Si bien el derecho a la consulta previa no está regulado explícitamente en la Constitución peruana, el TC reconoce la existencia de una fuente externa, heterónoma, proveniente del Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, puede ser interpretada su recepción por la Constitución de manera *implícita*, en la medida en que se encuentran reconocidos los derechos de los pueblos indígenas y comunidades nativas.

En ese sentido, el TC destaca que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”⁸⁹. Asimismo, el TC ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional”⁹⁰. Por ello, el TC ha dicho que:

(...) habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

87 STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamento 32.

88 STC N.º 03343-2007-PA/TC, fundamento 33.

89 STC N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento 22.

90 STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamento 33.

Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar – normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes⁹¹.

8.4.1. *La posición del TC en torno a la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con fecha de 13 de septiembre de 2007, con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Sobre dicho instrumento, el TC ha enfatizado que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación: “Las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional (...), conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas”⁹².

En tal sentido, reconoce que el contenido de esta declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico, ya que las declaraciones representan aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone y, en tal sentido, “son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes”⁹³.

8.4.2. *Naturaleza jurídica de la consulta: ¿norma constitucional o norma convencional?*

Aunque el derecho a la consulta en muchos países no se encuentra regulado en forma explícita en las Constituciones, pese a que existe un universo de quince países que de una u otra manera regulan en sus Constituciones a los pueblos indígenas, sus territorios, etc., no está del todo claro, por lo menos a nivel del Perú, si la consulta previa se encuentra normada en sede constitucional. Con todo, la interpretación que el TC ha hecho es que sí se encuentra regulada

91 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 31. Vid. igualmente, STC N° 06316-2008-PA/TC, fundamento 19; STC N° 05427-2009-PA/TC, fundamentos 8 y 9; STC N° 0027-2009-PI/TC, fundamento 7 (en la que el TC expresa que “en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”); y STC N° 0025-2005 y 0026-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 26.

92 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 7.

93 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 8.



en forma implícita, al indicar que cuando nuestra propia Ley Fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir cuáles son las prioridades que en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura “está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios”⁹⁴.

Por otro lado, el propio TC ha precisado, en otro proceso constitucional, que la consulta se encuentra normada solo en un tratado como el regulado por el Convenio OIT 169:

a) Así, por ejemplo, el TC ha referido que

El Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos⁹⁵.

b) Asimismo, añade que: “ha sido el Poder Ejecutivo (...) quien ha reconocido la necesidad de desarrollar normativamente el derecho de consulta recogido en el Convenio 169 de la OIT a efectos de poder invocar o exigir judicialmente su cumplimiento”⁹⁶.

c) Más aún, el TC reconoció que

(...) han pasado ya quince años desde la suscripción del Convenio 169 de la OIT (el Estado peruano aprobó el Convenio 169 de la OIT a través de la Resolución Legislativa N.º 26253, del 2 de diciembre de 1994, entrando en vigencia a partir del 2 de febrero de 1995), tiempo que este Tribunal considera como suficiente para que se haya desarrollado, en este caso desde el Ministerio de Energía y Minas, una normativa específica que reglamente el procedimiento necesario para llevar a cabo, de modo adecuado, el derecho a la consulta previa, máxime si como se ha venido apuntando hasta aquí, dicha ausencia normativa ha ocasionado y vienen ocasionando un delicado conflicto social en nuestro país)⁹⁷.

94 STC N° 06316-2008-AA/TC, fundamento 21.

95 STC N° 05427-2009-PC/TC, fundamento 37.

96 *Ibid.*, fundamento 40.

97 *Ibid.*, fundamento 43.

d) Así pues, el TC concluye que el derecho a la consulta previa e informada,

(...) tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino, antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo⁹⁸.

e) Desde el punto de vista de su exigencia, la consulta es exigible desde la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. En efecto, señala el TC que la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, el cual fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 2 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38.3 del referido Convenio, este entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 2 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento⁹⁹.

8.5. La omisión legislativa de desarrollo del Convenio 169 de la OIT desencadena la *inconvenionalidad por omisión*

Como es harto conocido, a raíz de la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales independientes en 1989, se estableció específicamente en el artículo 6 el régimen de la consulta previa. Al margen de si este Convenio 169 puede ser el único instrumento que se aplique en los países de la región que lo suscriben, el propio Convenio exige de políticas legislativas de implementación y desarrollo para cada país.

En efecto, en el artículo 2 del Convenio OIT 169 se explicita que “los gobiernos deberían asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados; una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos”. A su turno, el artículo 2.2 enfatiza que tales acciones deben incluir “medidas”. Es obvio que todo ello debe significar el desarrollo legislativo de la consulta previa, entre otros aspectos que menciona el Convenio 169.

98 Ibid., fundamento 57.

99 STC N° 00025-2009-AI//TC, fundamento 23.



En el 51 Período de Sesiones en 1997 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, en su Recomendación General 23 se exhortó a los Estados parte a que

(...) reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.

En este contexto de la jurisprudencia constitucional relativa a este asunto, se destaca la STC N° 05427-2009-PA/TC (caso AIDSESEP). En agosto de 2007, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) interpuso un proceso constitucional de cumplimiento exigiéndole al Ministerio de Energía y Minas que diera cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y que adecue sus normas reglamentarias y directrices al texto internacional.

Esta exigencia partía de que dicho Convenio había sido ya suscrito por el Estado peruano y ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 26253 promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993. Desde esa época hasta el 2007, el Estado no había impulsado políticas legislativas que desarrollaran temas relativos al derecho a la consulta, tierra, territorios, recursos naturales. El TC, a la postre, declaró estimativa la demanda, ordenando al Estado que promulgue la Ley de Consulta Previa.

Si bien en el fallo el TC maneja *in extenso* la categoría de la inconstitucionalidad por omisión (FJ. 10 al 22), en rigor implícitamente se desarrolla la figura homologable a la *inconvencionalidad por omisión* (FJ. 8, 9, y 23 al 27).

En el caso concreto, habían pasado quince años desde que el Estado no desarrollaba el Convenio 169 (aprobado en el Perú el 2 de diciembre de 1994, entrando en vigor el 2 de febrero de 1995). Es más, en los diversos procesos que iniciaron los dirigentes nativos (Gonzalo Tuanama Tuanama), como la AIDSESEP, irónicamente el Estado, a través de sus procuradores, alegaba que el Convenio 169 no había sido reglamentado, “por lo que no podría ser aplicado”, dado que “sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle”¹⁰⁰.

100 Este extremo fue cuestionado por el TC, en la STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamentos 11 y 12.

8.6. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

Como vimos anteriormente, el contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta; sin ser parte de él el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta¹⁰¹. Toca ahora revisar en qué consiste cada uno de estos elementos de este derecho iusfundamental.

En lo que respecta al “acceso a la consulta”, el TC explica que la razón de ser de este elemento radica en que “si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”¹⁰².

Igual de relevante como el acceso es, sin duda, el “respeto de las características esenciales del proceso de consulta”, lo cual supone que

(...) si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas¹⁰³.

Finalmente, en cuanto al supuesto de “garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados”, el TC enfatiza que este elemento busca “proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso”. De manera tal que “si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos el principio de buena fe se habrá visto afectado”¹⁰⁴.

8.7. Las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT establece que se debe consultar a los pueblos indígenas cuando al aplicar las disposiciones del convenio se prevean

101 STC N° 00022-2009-AI/TC, fundamento 37.

102 Ibid., fundamento 38.

103 STC N° 00022-2009-AI/TC, fundamento 39.

104 Ibid., fundamento 40.



medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Y según el TC: “Si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja –debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos– frente a medidas legislativas, la tarea resulta sumamente complicada”¹⁰⁵.

8.8. Etapas del proceso de consulta]

En un análisis más cercano aún a la *praxis* del ejercicio del derecho a la consulta, el TC peruano ha abundado en la delimitación de las etapas de las que consta el procedimiento de la consulta en sí misma. En efecto, tomando en serio la función propedéutica de sus sentencias, el TC ha delimitado las siguientes pautas:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto de la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena¹⁰⁶.

8.9. La garantía institucional de la consulta previa no presupone un derecho de veto de los pueblos indígenas: planteamiento del TC

Según la interpretación del TC peruano, de la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir,

105 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 19.

106 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 41.

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural¹⁰⁷.

Así pues, aun cuando se reconoce que es obligatorio y ,vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, y que el consenso al que arriben las partes será vinculante, a juicio del TC,

(...) ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona¹⁰⁸.

En concordancia con ello, debemos precisar que el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa, establece que

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

Ahora bien, al margen de lo expresado por el TC, el legislador ha establecido en el citado artículo 15 de la Ley, segundo párrafo, lo siguiente:

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo (...).

107 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 24.

108 *Ibid.*, fundamento 25.



8.10. Características y principios que rigen a la consulta previa

Como ciertos lineamientos declarativos y programáticos a ser tenidos en cuenta en la legislación, el TC ha establecido un conjunto de elementos y características que deben regir a la consulta previa. Así, se indica que las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés, ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas podrían ser materia de cuestionamientos.

De la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional¹⁰⁹.

8.11 El territorio de los pueblos indígenas

El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT determina que los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. A ello se agregan disposiciones que establecen la indemnización a los pueblos que hayan sido trasladados o reubicados por cualquier pérdida o daño sufrido.

Por otro lado, y en concordancia con la interpretación convencional realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TC peruano ha subrayado que

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras. (Caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, párrafo 131).

Así, en esta forma:

(...) se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”¹¹⁰.

109 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 26.

110 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 48.

El TC recuerda también que previamente a la sentencia referida en la sentencia del Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*:

(...) se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹¹¹.

Más concretamente, el TC avanza en su análisis sobre los territorios de los pueblos indígenas, haciendo especial énfasis en la relación entre la posesión y la propiedad de tales territorios. Así, pues, recordando la doctrina convencional sentada por la Corte IDH en el caso *Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, destaca los siguientes criterios vinculantes:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas¹¹².

Sin embargo, el TC ha reconocido que el derecho al territorio de los pueblos indígenas no es absoluto, ya que

(...) se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual perjuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción¹¹³.

111 *Ibid.*, fundamento 49.

112 *Ibid.*, fundamento 50.

113 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 51.



8.11.1. *La obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas*

Uno de los presupuestos fácticos para que prospere una consulta es que existan debidamente identificados los territorios de las comunidades nativas o indígenas. En todos los Estados, por lo menos donde existe el pluriculturalismo, el Estado está en la obligación de contar con una base institucional de datos donde se focalicen los territorios ancestrales que pueden verse afectados por las inversiones.

Como consecuencia de la consideración del territorio como un derecho fundamental atribuible a los pueblos indígenas, surge para el Estado una prestación cuya realización permite el ejercicio eficaz de tal derecho fundamental. Este primer deber del Estado consiste en delimitar los territorios indígenas, aspecto sobre el cual el TC peruano ha meritudo que

(...) es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica, puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Así, el TC concluye que

La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso¹¹⁴.

8.11.2. *El abandono de las tierras indígenas [t4]*

El TC también refiere que, dentro de la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, es común que existan prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio, contexto en el cual deberá observarse el principio de razonabilidad y, por lo tanto, “el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres”¹¹⁵.

114 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 44.

115 Ibid., fundamento 45.

En suma, el TC concluye que

(...) frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169 ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia¹¹⁶.

8.12. La coparticipación de la riqueza y la indemnización como beneficio compartido

Por otro lado, al ser evidente que en algunos casos la explotación de recursos naturales ha de conllevar inevitablemente una privación absoluta del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, el TC se ha cuidado en precisar que en tales situaciones “la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido”. Es decir, a juicio del TC,

(...) no basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma, tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre¹¹⁷.

Según el TC, el esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva, pues ambos esquemas deberán interactuar para lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Y precisa: “Alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común”¹¹⁸.

116 Ibid., fundamento 46.

117 STC N.º 0022-2009-PI/TC, fundamento 52.

118 Ibid., fundamento 53.



8.13. Lo que el TC ha precisado, en el marco del artículo 15 del Convenio 169, sobre exploración o explotación de recursos naturales existentes en tierras de los pueblos o comunidades indígenas

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional,

(...) pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta¹¹⁹.

8.14. La consulta previa en el impacto medioambiental

Dentro del universo de casos que ha enfrentado al TC al problema de la consulta previa en su relación con el impacto medioambiental, cabe resaltar dos expedientes, tanto por las aristas de los temas tratados como por la importancia de la decisión adoptada en el fallo. Se trata de la STC N° 03343-2007-PA/TC (caso Cordillera Escalera) y de la STC N° 01126-2011-PHC/TC (caso Tres Islas), ambas dictadas en el marco de procesos de tutela de derechos.

En el caso de la STC N° 03343-2007-PA/TC (caso Cordillera Escalera) se trataba de una demanda de amparo interpuesta contra la empresa Repsol-Petrobras, por amenazar el derecho al medio ambiente, a la vida, salud y al agua. En ese sentido, solicitaba que se suspendan las actividades de exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el Área Natural Protegida “Cordillera Escalera”. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, prohibiendo toda actividad en la zona hasta que se cuente con el Plan Maestro a cargo del Estado, en aplicación del principio de prevención en materia ambiental.

Este fue el primer caso en el cual el Tribunal realizó una definición del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, precisando que, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención 169 de la OIT, el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio”, ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Así, se piensa en un dominio espiritual y cultural de la tierra (FJ. 32).

119 STC N° 0022-2009-PI/TC, fundamento 23.

Del mismo modo, enfatizó que el derecho a la libre determinación consiste en la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario para resolver los conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren los derechos fundamentales de terceros (FJ. 32).

Finalmente, en lo que se refiere a la consulta previa, reconoció que este derecho era una concretización del derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación (artículo 2, inciso 17 de la Constitución). En tal sentido, definió que la consulta debía realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural, para lo cual debe brindársele la información suficiente y en el momento oportuno. Asimismo, comprendió que la consulta legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales (FJ. 35-36).

Por otro lado, en lo que se refiere a la STC N° 01126-2011-PHC/TC (caso Tres Islas), el Tribunal Constitucional conoció una demanda de hábeas corpus interpuesta por la presidenta de la comunidad nativa Tres Islas (Madre de Dios) a favor de sus integrantes, y dirigida contra la Policía Nacional del Perú, la Fiscalía y la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. El objeto era declarar la nulidad de una resolución judicial que ordenaba el retiro inmediato de un cerco de madera instalado por la comunidad para impedir el ingreso de personas extrañas a su territorio, y que disponía remitir lo actuado al Ministerio Público. Se aducía que tal resolución del Poder Judicial desconocía la decisión jurisdiccional indígena adoptada por la comunidad (reconocida por el artículo 149 de la Constitución) consistente en proteger su territorio frente a la tala ilegal de madera, el deterioro ambiental, la minería artesanal, así como frente al expendio de bebidas alcohólicas y actividades de prostitución que alteraban la paz en la comunidad. A causa de ello, la comunidad había decidido controlar la entrada de vehículos construyendo una caseta, frente a lo cual, las empresas de transporte interpusieron una demanda de hábeas corpus, que fue declarada fundada en primera y segunda instancia, y quedó firme. Es contra dicha resolución estimatoria que la comunidad nativa interpuso el referido segundo hábeas corpus. Así, tras constatar que el derecho de propiedad no tenía en este caso una vinculación inmediata o conexa con la libertad individual y de locomoción, el Tribunal entendió que la vía adecuada no era el hábeas corpus, sino el amparo, para cuya reconducción utilizó la técnica de la “conversión procesal”.

El Tribunal apreció que, para resolver la controversia, era necesario “recomponer” el derecho de propiedad desde una mirada multicultural, entendiendo, conforme lo hace el Convenio 169 de la OIT, que el término “tierras” incluye el concepto de “territorio” (en su dimensión de vínculo espiritual con la tierra y la ínsita



vocación política de autogobierno y autonomía). En razón a ello, reconoció que “las comunidades nativas y campesinas tienen el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad”. Luego de lo cual, consideró acreditada la vulneración del derecho a la propiedad, porque la resolución judicial cuestionada había permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de la comunidad sin que medie título legítimo que así lo autorice.

Asimismo, el Tribunal consideró que una manifestación de la “autonomía comunal” era la manera en que las comunidades usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio comunal. Por ello, consideró que, al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros, se había vulnerado este ámbito de autonomía de la demandante. Y declaró: “Al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad”. Por ello, además de declarar fundada la demanda (y en consecuencia, nula la resolución judicial impugnada), dispuso también notificar a la Policía Nacional del Perú y al Ministerio Público, para que resuelvan sus investigaciones tomando en cuenta lo expuesto en esta sentencia. De este modo, el Tribunal Constitucional, en la práctica, consideró que, resultando legítimo el accionar de la comunidad al proteger su territorio, tal conducta no podía acarrear consecuencias penales en contra de los integrantes de la comunidad.

III. La Constitución Ecológica

9. La Constitución Ecológica: el *maremágnum* jurisprudencial del Tribunal Constitucional

De un tiempo para acá se ha venido reflexionando en los predios del Derecho Constitucional en torno a la necesidad de preservar el equilibrio que debe existir en la relación hombre-medio ambiente, principalmente a raíz de la crisis del calentamiento global y de los desastres naturales a este vinculados, y en el contexto de la explotación de los recursos naturales que conlleva de un modo inevitable el desarrollo industrial, así como el avance de la tecnología. A partir de este postulado, ha venido cobrando actualidad, tanto a nivel interno como internacional, el problema de la garantía de los derechos de tercera generación y, dentro de estos, principalmente del derecho constitucional al medio ambiente. Sin embargo, a nivel de la doctrina comparada, está poco claro qué debe entenderse por “derecho ambiental”, lo que tiene consecuencias negativas en la labor tuitiva que deben prestar el Estado y las empresas privadas. Con todo, una primera conclusión salta a la vista: el “derecho ambiental” no está compuesto solo por leyes, ni siquiera solo por normas, sino por normas, principios, instituciones, estructuras, procesos, relaciones, prácticas operativas, etc.¹²⁰.

120 Serrano, J. L. (2007). *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta, p. 31.

Así, pues, debe descartarse que el derecho ambiental “regule” los sistemas ambientales (lo que *strictu sensu* se regula son las conductas individuales, las prácticas sociales y las intervenciones públicas del hombre sobre el medio ambiente), así como también es un error manifestar que el derecho ambiental se reduzca al momento legislativo, carente de interacciones entre los distintos poderes públicos. Por el contrario, la definición amplia anteriormente brindada acepta cuatro momentos susceptibles de ser analizados: el momento legislativo (que programa la decisión pública ambiental), el momento judicial (que interpreta y aplica al concreto caso ambiental los programas generales del legislativo), el momento ejecutivo (que desarrolla, gestiona y ejecuta los programas generales) y, finalmente, el momento científico doctrinal o dogmático (que analiza los tres momentos anteriores)¹²¹.-

A partir de este marco conceptual, a continuación vamos a explicar, dentro de los límites que impone el presente trabajo, los elementos que conforman lo que denominamos Constitución Ecológica, siempre dentro de este esquema que define al derecho ambiental no como un conjunto de leyes, sino como un sistema de normas y principios con relevancia ambiental.

9.1. El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida

a) Noción

Este derecho ha sido desarrollado por diversos procesos constitucionales que involucraron el control de constitucionalidad y la tutela de derechos vía el amparo. Allí el TC ha establecido que este derecho comporta dos ámbitos: el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado. Así, pues, en su primera manifestación,

(...) comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido¹²².

En cambio, en su segunda manifestación, el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

(...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares,

121 *Ibid.*, pp. 29-32.

122 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 4.



particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente¹²³.

También ha sido preocupación del TC establecer un concepto de *medio ambiente*, entendiendo por tal

(...) [al] mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales –vivos e inanimados– sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)¹²⁴.

A partir de este concepto, el TC comprende que el medio ambiente puede ser afectado por algunas de estas cuatro actividades:

- a) Actividades molestas: Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.
- b) Actividades insalubres: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
- c) Actividades nocivas: Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.
- d) Actividades peligrosas: Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones¹²⁵.

b) Naturaleza binaria

El derecho al medio ambiente, por otro lado, participa de dos propiedades ínsitas en su configuración. Así, se presenta como un *derecho reaccional* en su faz de *libertad negativa*: no dañar el medio ambiente; y, por otro lado, su carácter de *derecho prestacional* en su faz de *libertad positiva*: evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan.

En suma, el derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales –libertad negativa (de no dañar el medio ambiente)– como de los derechos prestacionales –libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)–. Y como refiere el TC, “en su faz reaccional, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten

123 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 4.

124 STC N° 00048-2004-PI/TC, fundamento 27.

125 STC N° 00018-2001-PI/TC, fundamento 6.

al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana”, mientras que en su dimensión prestacional “impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades”¹²⁶. Pero es bueno no olvidar que la faz prestacional

(...) no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención y evidentemente de reparación o compensación de los daños producidos. [Se entiende así que] la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tienen especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. ¡Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible¹²⁷.

c) El carácter “adecuado” del derecho al medio ambiente

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que el derecho al medio ambiente no solo supone que ese medio sea equilibrado, sino también “adecuado para el desarrollo de la vida humana”, lo cual se traduce

(...) en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas. Al reconocerse el derecho en mención se pretende subrayar que en el Estado democrático de derecho no solo se trata de garantizar la existencia física de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerlo contra los ataques al medio ambiente en el que se desenvuelva esa existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables¹²⁸.

9.2. Medio ambiente y Constitución Ecológica

En el marco de la Teoría General de los Derechos Fundamentales, es un axioma enfatizar que tales derechos tienen una doble dimensión: *subjetiva* y *objetiva*. El primero supone el derecho individual del titular que tiene derecho al goce de su derecho; pero también los derechos fundamentales se manifiestan en un orden material y objetivo de valores constitucionales que irradian a todo el ordenamiento jurídico.

126 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 5.

127 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 5.

128 STC N° 00004-2010-PI/TC, fundamento 11.



Lo anterior no significa que el conflicto entre derechos fundamentales va a estar siempre, en terminología de George Jellinek, en *derechos públicos subjetivos*; esto es, entre las personas naturales (o jurídicas) vs. el Estado. Y es que el conflicto horizontal también se puede manifestar con los particulares. Y, justamente, en materia medioambiental, “la responsabilidad del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actitudes que dañan o pueden dañar el medio ambiente”¹²⁹.

El TC peruano, recogiendo una consolidada trayectoria jurisprudencial comparada, tanto como por lo que suministra la doctrina, ha conceptualizado “al conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental, referidos a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente”, como la identificación de una Constitución Ecológica¹³⁰. Define así el TC peruano que este concepto tiene una triple dimensión, tal como lo entiende también la Corte Constitucional colombiana:

- Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación.
- Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.
- Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, “en su calidad de contribuyentes sociales”¹³¹.

Y es que, en el marco de la constitucionalización del ordenamiento jurídico que proclama el neoconstitucionalismo¹³², bien cabe identificar esta legítima expresión de la Constitución Ecológica.

9.2.1 Las cláusulas de la Constitución Ecológica

Actualmente ninguna Constitución de orden occidental detenta una expresa o implícita interpretación de su Constitución Ecológica. En el texto peruano, existen explícitamente las siguientes cláusulas:

Artículo 66. Recursos Naturales

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67. Política Ambiental

129 STC N° 03343-2007-PA/TC, fundamento 7.

130 STC N° 03610-2008-PA/TC, fundamento 33.

131 STC N° 03610-2008-PA/TC, fundamento 34.

132 Carbonell, M. (ed.), (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68. Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69. Desarrollo de la Amazonía

El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

Pero, aparte de estas normas, todas ellas referidas a un capítulo específico, el texto enfatiza en otros aspectos su *thelos* medioambiental y ecológico.

La Constitución, al enunciar una serie de prescripciones en materia ecológica y medioambiental, no agota su posición en dichos enunciados. Muchas de estas normas, si bien son principistas y otras de naturaleza operativa o autoaplicativa, la mayoría son de carácter programático; esto es, requieren de un posterior desarrollo legislativo. Así, en el Perú existe una Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611. Esta norma infraconstitucional establece los grandes lineamientos para mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables viables y funcionales en el largo plazo. Por otro lado, establece la política de desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y restauración del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de las personas (artículo 9).

9.3 Desarrollo sostenible y generaciones futuras

En el marco de la Constitución Ecológica se viene desarrollando una eclosión de conceptos que se acuñan, desarrollan y tienen un periplo de receptividad por los tribunales constitucionales cada vez que tienen que afrontar problemas medioambientales.

Así, el TC ha hecho suyo el concepto acuñado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, conocida también como la *Comisión Brundtland*. En este caso, el TC ha definido al *desarrollo sostenible* en su relación con el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Concretamente, el TC ha señalado que este modelo

(...) representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero, ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término "social" respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como "Social y Democrático de Derecho" cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado



una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como “Estado Democrático y Social de Derecho”¹³³.

En ese sentido, el Supremo Intérprete de la Constitución ha sido particularmente claro al apreciar que “la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales”. Así, pues, la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado, mientras que la Economía Social de Mercado “condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”. Dicho en otras palabras:

En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto¹³⁴.

Asumiendo esta perspectiva, el TC concluye que lo “social” en nuestro modelo económico, se define desde tres dimensiones:

(...) como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida¹³⁵.

Entonces, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, el TC opina que

(...) resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es

133 STC N° 0048-2004-AI/TC, fundamento 14.

134 STC N° 0048-2004-AI/TC, fundamento 15.

135 *Ibid.*, fundamento 16.

que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado per se virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario"¹³⁶.

9.4. Medio ambiente e inversión privada

En tanto que las actividades extractivas realizadas por las empresas privadas (minería, petróleo, gas, etc.) tienen una incidencia directa en el ambiente debido al propio proceso extractivo y procesamiento que involucran, el Tribunal Constitucional ha sido cauteloso al establecer cómo debe fluir esa relación entre inversión y medio ambiente, desde la perspectiva de la inversión privada deseada por la Constitución. Así, pues, ha sostenido que

(...) en la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras¹³⁷.

Partiendo de este enfoque, el Supremo Intérprete de la Constitución ha resaltado, por un lado, el "deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad"¹³⁸. En segundo lugar, y como no puede ser de otro modo, el Tribunal destaca el papel del Estado

(...) que debe fiscalizar celosamente el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. Y es que si bien los agentes económicos deben someter su conducta a los principios de la responsabilidad social de la empresa, es deber del Estado vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma el Estado debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca¹³⁹.

136 STC N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos 14 al 16.

137 *Ibid.*, fundamento 38.

138 STC N° 0001-2012-AI/TC, fundamento 45.

139 *Ibid.*, fundamento 51.



Pero, además, cuando el daño se hubiere producido, entiende el TC que “si la actividad empresarial genera daños estos no solo deben ser sancionados por la Administración, sino que deben generar una reparación directa, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas”¹⁴⁰. Y, finalmente, refiere que, por imperio del principio de coparticipación de la riqueza, se espera que “tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no solo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados”¹⁴¹.

9.5. Colofón. La creación de una tipología de tutela de los derechos fundamentales al medio ambiente: el amparo ecológico

En el marco de la protección del derecho al medio ambiente, el Tribunal Constitucional peruano ha ensayado una nueva tipología del proceso de amparo dirigido a brindar esa garantía: el *amparo ecológico* o *ambiental*. Sobre él ha dicho el TC que “es el proceso constitucional mediante el cual se pretende tutelar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado”¹⁴², precisando que usualmente este tipo de demandas “son concebidas como pretensiones colectivas o difusas, puesto que (...) la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad”¹⁴³.

Estas características peculiares, a juicio del TC, han significado la necesidad de “adaptar la perspectiva clásica del derecho procesal –centrada en la resolución de intereses individuales– a contextos en donde la titularidad de un derecho corresponde a un conjunto indeterminado o colectivo de personas”¹⁴⁴, postura que ha sido recogida por el Código Procesal Civil (art. 82) o Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (art. 143), en donde se establece una legitimación para obrar de amplias dimensiones, así como el Código Procesal Constitucional (art. 40). En ese contexto, el TC ha reconocido “una legitimidad colectiva y una legitimidad institucional y a la problemática que se generaría si es que el sujeto encargado del patrocinio realiza una labor deficiente o negligente”¹⁴⁵.

Asimismo, y en cuanto a la actuación de los jueces constitucionales que conocen del “amparo ambiental”, el TC ha determinado con buen criterio que a aquel le corresponde:

140 Ibid., fundamento 54.

141 Ibid., fundamento 61.

142 STC N° 04216-2008-PA/TC, fundamento 8.

143 STC N° 05270-2005-PA/TC, fundamento 9.

144 STC N° 04216-2008-PA/TC, fundamento 9.

145 STC N° 04216-2008-PA/TC, fundamento 9.

(...) el desarrollo pleno e intenso de las potestades de investigación a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia (considerando 5). Por lo tanto (...) para este tipo de casos, el artículo 9 del C. P. Const. [debe] ser interpretado a la luz de la Constitución y la finalidad de los procesos constitucionales (art. II del C. P. Const.) requiriéndose “una acentuada actividad probatoria”, sin que pueda decretarse la improcedencia de la demanda por falta de “estación probatoria”¹⁴⁶. Por todo ello, concluye el TC señalando que el amparo ambiental

(...) se nutre de la doctrina y legislación sobre derechos colectivos y difusos, así como del derecho procesal colectivo y de principios propios del derecho ambiental. En tal sentido, la problemática sobre conflictos ambientales, debe ser analizada bajo una perspectiva que integre todas estas posturas a fin de brindar un resultado que optimice los derechos fundamentales en conflicto. Y es que no debe dejar de considerarse que los conflictos ambientales generan una problemática singular, para lo cual se requiere de respuestas, no solo coherentes con la naturaleza del conflicto, sino con la realidad¹⁴⁷.

Epílogo

Como consecuencia de la STC N° 05427-2009-PC/TC, que exhortó al Congreso de la República a aprobar la ley de consulta previa que establece el citado Convenio 169 de la OIT, el Parlamento promulgó la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N° 29785, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de septiembre de 2011. Hay que destacar que, a tres años de haberse promulgado, se ha previsto implementarse a partir del 2015, pues recientemente la viceministra de Interculturalidad ha anunciado que en el primer semestre de dicho año se realizará la primera consulta previa del sector minero, y para ello ya se tienen identificadas quince zonas con este tipo de proyectos.

Es de esperar que con esta Ley, y con lo que ha venido desarrollando la jurisdicción constitucional en el Perú, se consolide un *diálogo intercultural* para que haya inversión con responsabilidad ecológica y bienestar en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas en el marco de un sincretismo armónico.

146 STC N° 04216-2008-PA/TC, fundamento 10.

147 *Ibid.*, fundamentos 8 a 12.

Participación y consulta previa

en materia ambiental

*Gloria Amparo Rodríguez**

Tanto se ha dicho sobre la participación y la consulta previa que pareciera que se tratara de un tema agotado. Pero no es así. Por el contrario, es el momento ideal de fortalecer estos derechos, de tal manera que su efectividad irradie de manera completa nuestro ordenamiento jurídico.

La participación es un derecho fundamental que involucra procesos de trabajos conjuntos que pueden conducir a la superación de problemas y a la generación de determinaciones concertadas relacionadas con intereses similares. Es una forma de intervención social de gran importancia, pues permite la interacción entre diferentes actores buscando incidir en las decisiones que se establecen y haciendo posible un diálogo en el que distintas opiniones y visiones del mundo son contrastadas y analizadas, pues aunque se tengan intereses disímiles posibilita la deliberación con miras a lograr un propósito, un proyecto o la toma de una determinación sobre un asunto de conveniencia para todos. Esto implica entonces que la participación tiene un valor instrumental y uno sustantivo.

Por su parte, el derecho fundamental a la consulta previa tiene como objeto llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en relación con una decisión administrativa o legislativa que afecte directamente a un pueblo indígena o a los demás grupos étnicos (comunidades afrodescendientes, palenqueras, raizales y al pueblo rom o gitano) que se encuentran en nuestro país. Además de ser un derecho, es un valioso instrumento y oportunidad que permite el diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad y también en un escenario para impulsar el respeto por los derechos humanos de estas colectividades¹.

* Profesora titular e investigadora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde se desempeña como directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental. Cuenta con diversas publicaciones en temas relacionados con asuntos ambientales y étnicos.

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado la obligación de la consulta previa y ha considerado que además de constituir una norma convencional, es un principio general del Derecho Internacional (Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrafo 164).



Para iniciar el debate sobre lo que está sucediendo con estos derechos en asuntos ambientales, conviene resaltar sobre este particular que desde la expedición de la Constitución Política de 1991 se observan avances sustanciales en la normativa en materia de participación, aunque, como lo veremos, sus resultados son escasos en cuanto al ejercicio efectivo. Con los cambios tecnológicos, comerciales, económicos, etc., se presentan prácticas sociales que demandan participación en las decisiones ambientales, lo cual implica la generación de procesos y espacios abiertos, transparentes e incluyentes, que permitan a la población desarrollar capacidades para contribuir al desarrollo del país.

Lo anterior significa que en estos momentos encontramos una brecha importante entre la consagración y el efectivo cumplimiento de los derechos planteados, ya que, en efecto, los procesos a través de los cuales se otorgan las autorizaciones ambientales que se están dando en Colombia, derivan en conflictos ambientales. En ellos es posible evidenciar, además de afectaciones a los recursos naturales y al entorno, un limitado acceso a la información, escasos espacios de incidencia social, carencia de mecanismos de prevención y una marcada tendencia a la judicialización de las disputas.

Lo anterior cobra importancia si se tiene en cuenta el momento por el cual atraviesa nuestro país, que ha llegado a ser considerado el segundo en el mundo con este tipo de conflictos ambientales², a los cuales los entendemos como la confrontación social, económica y política entre diferentes actores (públicos y privados, así como locales, nacionales e internacionales, entre otros), que surge por la existencia de diversos intereses relacionados con el uso, manejo, aprovechamiento, exploración, explotación, conservación, protección, administración y/o afectación de los recursos naturales y del ambiente.

Como lo señala Palacio (1998, 35; 2001, 24), los conflictos ambientales son, si se quiere, una disputa que mira la interacción entre lo social y lo natural en conjunto, y que pueden analizarse en tres formas diferentes. La primera, en cuanto a una lucha entre seres humanos en torno a la naturaleza, como suele tratarlos la “ecología política”; la segunda, como enfrentamientos de la cultura contra la naturaleza y viceversa, lo que le confiere a la naturaleza misma un papel de sujeto activo en esta relación; y la tercera, como un ensamble entre naturaleza y cultura que confronta a otro complejo similar.

Sobre esa base, en el análisis que se aborda a continuación es posible encontrar una estrecha relación entre el derecho a la participación y a la consulta previa y los conflictos ambientales, dada la incidencia directa en las culturas, los

2 Los investigadores del Instituto de Ciencias y Tecnología Ambiental de la Universidad Autónoma de Barcelona crearon el Atlas Global de Justicia Ambiental, en el cual han mostrado que las poblaciones donde estos conflictos son agudos, son más pobres y suelen ser indígenas. En este mapa son documentados un total de 72 casos de conflictos ambientales en Colombia. Ver: <http://sostenibilidad.semana.com/ImprimirItem.aspx?idItem=30830>.

procesos organizativos y sociales, además en el derecho al uso efectivo tanto de los territorios como de los recursos naturales en ellos existentes. Desde este punto de vista, es viable identificar que numerosos conflictos ambientales expresan las tensiones subyacentes entre los diversos actores, además de intereses, cosmovisiones diferentes y la escasa incidencia social, que se han hecho evidentes en los últimos tiempos.

Así las cosas, el presente texto tiene como objetivo identificar las problemáticas más relevantes, los desafíos, vulnerabilidades, potencialidades y perspectivas de la participación y la consulta previa en materia ambiental, bajo la premisa de la necesidad de contar con procesos reales de inclusión a través de los cuales se pueden superar las inequidades, la discriminación y los conflictos ambientales vigentes en nuestro país.

Sobre esa base, a continuación estableceremos la forma como han sido asumidos los derechos a la participación y a la consulta previa en la construcción de un país caracterizado por su patrimonio natural y cultural. Con el fin de esbozar algunas de las dificultades que se manifiestan actualmente con relación a estos derechos, se ha dividido el texto en tres partes: la primera expone los obstáculos que se presentan con relación a estos derechos. Adicionalmente, plantea los aspectos positivos que logra involucrar la tutela y protección de estas garantías. En la segunda parte se efectúa un análisis sobre la justiciabilidad de los mencionados derechos a la participación y a la consulta previa, fundamentando además sus razones e importancia. Finalmente, dado que se van a indicar solo algunas de las circunstancias y obstáculos que se plantean sobre estos derechos, en la última parte del texto se presentan las conclusiones y recomendaciones tendientes a ofrecer soluciones y recomendaciones en estos casos.

Limitaciones y oportunidades

Nos ocuparemos ahora de intentar dilucidar cuáles son las principales razones, limitaciones o las problemáticas en relación con la participación y la consulta previa. Para ello identificaremos y analizaremos algunos de los temas más complejos sobre estos derechos y, además, trataremos de exponer la manera que creemos más idónea para darles una salida positiva.

¿Constituyen la participación y la consulta escenarios para la prevención y solución de conflictos ambientales?

Partimos por señalar que desde un enfoque integral³, el cual incluye aspectos culturales, jurídicos y ambientales, se considera viable que la garantía de la

3 “El enfoque integral implica tener en cuenta diversos aspectos como la valoración espiritual que poseen las comunidades sobre la naturaleza y sus territorios, que incluye en su análisis las culturas y las cosmovisiones (la manera de ver e interpretar el mundo), sus usos, sus costumbres y sus propias visiones del desarrollo. Además, involucra aspectos jurídicos como el enfoque de los derechos humanos, es decir, en un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano, desde el punto de vista normativo, dicho proceso se basa en las normas internacionales de esos derechos y, desde el punto de vista operacional, se orientan



participación y del derecho a la consulta previa se constituyan en mecanismos para la prevención y solución de los conflictos ambientales.

En primer lugar, hemos venido sosteniendo que en Colombia se presenta una escalada de conflictos ambientales cuyas causas están relacionadas con la escasa participación y con el ejercicio de la consulta previa, los cuales podrían encontrar una salida positiva en la medida en que se garantice el efectivo ejercicio y el respeto de estos derechos (Rodríguez, 2008, 2011, 2014).

Es pertinente mencionar que desde el inicio de todo proceso como una licencia o un permiso ambiental debe promoverse la inclusión comunitaria con el fin de estimular la generación de propuestas, la recepción de inquietudes y la aplicación desde los intereses sociales de mecanismos de prevención a posibles dificultades que puedan presentarse. En consecuencia, es preciso también evaluar dichos procesos para lograr ofrecer elementos que aporten a la terminación de esos conflictos, que además permitan allanar el camino para armonizar el ejercicio de los derechos a la identidad, a la cultura, al territorio, al desarrollo social, a la participación y a la consulta previa, como estrategia de prevención y solución de los mismos.

Desde este punto de vista, y dada su naturaleza, la participación y la consulta previa deben adelantarse en medio de las dificultades propias de las decisiones ambientales que se toman con ocasión de los proyectos que requieren de autorizaciones para implementarse. En estos casos nos encontramos con que dichos procesos carecen de un enfoque integral, lo cual significa, como se ha mencionado, que se deben incluir para su abordaje aspectos diferentes a los que tienen que ver con el crecimiento económico, como son los culturales, el uso tradicional, además de aspectos jurídicos y ambientales.

Lo anterior implica establecer, mediante la interlocución y el respeto a otras formas de ver el mundo y el desarrollo, propias de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas, una garantía eficaz sobre sus derechos al territorio, a la autonomía, a los recursos naturales y a la participación de la sociedad en general. Ese tratamiento, que contempla aspectos económicos, destaca otros de igual o mayor importancia para dichas colectividades, como son sus formas de vida y de gobierno, el control social, igual que su concepción del territorio, donde se reproduce la cultura y donde se encuentran los sitios sagrados, de gran valor para dichas comunidades.

En este marco, la Corte Constitucional (Sentencia SU-383/03) considera que estos derechos tienen que ver con un asunto de interés general, en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación,

a su promoción y protección. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso" (ACNUDH, 2006, 15).

además de la existencia misma del Estado Social de Derecho. Coincidimos con su aseveración cuando puntualiza, refiriéndose a los conflictos, que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor.

Así las cosas, es conveniente mencionar que cuando la participación y la consulta previa se conciben como una estrategia de desarrollo y se efectúan de acuerdo con un enfoque integral, se convierten en un instrumento efectivo de protección étnica, social, cultural, económica y ambiental, además de un escenario de prevención y solución de los conflictos ambientales que se suscitan en el país, siendo también una gran oportunidad de entendimiento y diálogo de saberes.

Superar los conflictos ambientales y las limitaciones del derecho a la participación y a la consulta previa implica asumir el desafío de conocer las necesidades de las comunidades y profundizar en las consideraciones de desarrollo con identidad y cultura, con el fin de buscar mecanismos de ponderación que permitan garantizar los derechos de todos los colombianos. Sin embargo, estimamos que no es suficiente dicha ponderación de derechos, sino que también es necesaria una armonización de los mismos, ya que es muy complejo medir los derechos que están en pugna sin que necesariamente se contradigan. Entonces, se deben establecer mecanismos de concordancia que posibiliten la garantía de los derechos de los diferentes sectores involucrados, en los cuales, con la efectiva implementación de procesos de participación y consulta previa, se logre la prevención y la solución de los conflictos ambientales.

En la actualidad, la participación y la consulta previa se han convertido en uno de los temas más polémicos e importantes en la defensa de los derechos. A eso debemos la cantidad de demandas y pronunciamientos que ha tenido la Corte Constitucional, lo cual es la manifestación de la necesidad de una nueva forma de relacionamiento de los diversos actores que tienen que ver con los proyectos ambientales; por ello, la garantía de dichos derechos es apreciable en la prevención y solución de los conflictos ambientales que vienen manifestándose en nuestro país. Consideramos que la participación y la consulta son preponderantes en una adecuada gestión gubernamental, que deben hacerse realidad en los procesos que tienen que ver con las decisiones relacionadas con asuntos ambientales como el otorgamiento de las licencias y permisos que puedan afectar las comunidades y, como resultado, generar conflictos.

¿Se deben establecer mecanismos de reparación por vulneración de los derechos a la participación y a la consulta previa?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que cuando se decida que hubo violación de un derecho protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con su artículo 63, se debe garantizar al



lesionado el goce de su derecho y si ello no fuera procedente se deben reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) señala que el Estado colombiano se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en nuestro territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En diversos casos es posible establecer que se vulneran los derechos a la participación y a la consulta previa, momento en el cual el juez debe tener presente que soslayar dichos derechos implica no solamente que se restablezca su goce efectivo, sino que los pueblos y las comunidades afectadas sean reparadas por los daños sociales, culturales, territoriales y ambientales generados por la decisión o por los proyectos ambientales que se autorizaron sin su garantía.

Además de la reparación particular o comunitaria necesaria, debemos traer una novedosa concepción: siendo el ambiente un derecho de todos, la reparación deberá además consistir en requerir la implementación, por parte del Estado, de mecanismos que efectivamente garanticen la participación y la consulta. Para ello es importante que se establezcan procesos que posibiliten la información oportuna, confiable, veraz, objetiva y actualizada sobre los proyectos; concertaciones a través de las cuales las colectividades se puedan pronunciar sobre los mismos, efectuar propuestas concretas y plantear iniciativas para prevenir afectaciones; acuerdos mediante los cuales una colectividad defina la solución más conveniente a los problemas identificados, además de procesos de decisiones que sean acogidos de forma colectiva a partir de la formulación de diversas alternativas. Este requerimiento implica, en desarrollo de procesos de participación y consulta, previa, incluir también el seguimiento pertinente y necesario a los acuerdos pactados.

De otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 8 señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. La reparación por la violación de los derechos debe ser justa y el Estado colombiano está en la obligación de tomar medidas de carácter legislativo, administrativo y/o judicial para permitir el pleno ejercicio de los derechos de las víctimas para que estas tengan una adecuada reparación.

Sobre esta base, buscando hacer efectivo este derecho, la disuelta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con miras a establecer una

normativa internacional relativa a los procesos de reparación, promovió la elaboración de los denominados principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos, y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario para interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 60/147 de diciembre de 2005.

Desde este punto de vista, como lo resalta el estudio realizado por el profesor López Cárdenas (2009, 11), se debe tener en cuenta que la reparación no solamente es jurídica sino que de igual forma es simbólica, de allí que la doctrina jurídica haya venido elaborando la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de las víctimas, para de este modo atender sus necesidades y reivindicaciones y, de igual forma, buscar su plena reparación.

El deber de reparar aparece también consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ley 21 de 1991), como parte del derecho de los pueblos indígenas y comunidades tribales a recibir una indemnización equitativa. En su artículo 15(2) este convenio señala que, en el caso de los recursos naturales que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir.

Cuando por consecuencia de los proyectos que requieren autorizaciones ambientales se presente desplazamiento o traslado de comunidades, debe tenerse en cuenta que los pueblos indígenas y demás grupos étnicos tienen el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. Sobre el particular, establece el Convenio 169 en su artículo 14 que cuando el retorno del pueblo no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichas comunidades deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

En estos casos, se considera excepcionalmente necesario el consentimiento (OIT, 2013, 17) y una plena indemnización a las personas trasladadas y



reubicadas por cualquier pérdida o daño que haya como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16, numerales 4 y 5). Como se evidencia, el Convenio 169 hace referencia a la reparación especialmente mediante la indemnización y la restitución de tierras y territorios. En todo caso, la situación en la que queden como consecuencia de las afectaciones y de la posterior reparación debe ser siempre mejor.

En este mismo contexto, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI), en su artículo 40, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En las decisiones de reparación se deben considerar las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de Derechos Humanos.

La DNUDPI avanza de manera significativa al garantizar el acceso de los pueblos indígenas a mecanismos adecuados y efectivos con el objetivo de obtener una reparación integral, la cual implica medidas de restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, entre otras, que pudieran llegar a consolidarse cuando se viola el derecho a la consulta previa y también a la participación⁴.

Ante hechos que involucren a los grupos étnicos, la reparación se puede presentar cuando se vulnera un derecho y se afecta un individuo, o una comunidad, o un pueblo. Cuando se vulneran o afectan los derechos de quienes tienen una cosmología e identidad comunal y fuertes vínculos de solidaridad, es necesario realizar una reparación teniendo en cuenta esta particularidad (López Cárdenas, 2009, 309) en el sentido de entender su comportamiento como un grupo humano culturalmente diferenciado⁵.

Para los grupos étnicos, la indemnización que pueda darse cuando se presenta vulneración de sus derechos debe ser objeto de una diferenciación. Aunque en estos casos es imperativo establecer esfuerzos para evitar el daño y hacer lo posible para volver las cosas a su estado o situación anterior, cuando esto no fuere posible se debe buscar la forma para salvaguardar y garantizar la cohesión

4 Es importante mencionar que en el Decreto Ley 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, se hace referencia a la reparación individual y colectiva y, además, establece la forma de hacerlo.

5 Para profundizar se recomienda ver: CIDH. (2000). *La situación de los derechos humanos de los pueblos en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Washington, D. C., capítulo: “Los derechos colectivos en casos individuales referidos a poblaciones indígenas”.

social y garantizar la pervivencia social, ambiental, cultural y económica de dichos pueblos.

Ahora bien, para finalizar se resalta la importancia de la participación en los procesos de adopción de las decisiones ambientales, la cual radica en el hecho de ser considerada como una forma para garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y promover la defensa de lo público (derechos e intereses colectivos). Bajo este supuesto, la incorporación de la participación, tanto en la teoría como en la práctica, constituye un gran reto para la gestión ambiental que permitiría su potencialidad en el tiempo y la prevención de futuras confrontaciones o conflictos ambientales. Bajo este panorama proponemos que, con el fin de mejorar la misión ambiental, se fortalezca la participación social y se estimulen las organizaciones, comunidades y pueblos indígenas para que incidan de manera activa en la toma de decisiones.

Cuando se vulnera este derecho, quienes se vean afectados también deben ser reparados. De igual manera, para determinar la forma de hacerlo se deben promover mecanismos de concertación para llegar a los acuerdos y las formas más adecuadas e inclusivas de reparación tanto individual como colectiva.

¿Se deben efectuar consultas previas a pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial?⁶

Los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También pueden ser pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas, han vuelto a una situación de aislamiento y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades (CIDH, 2013, 4).

Por su parte, los pueblos indígenas en situación de contacto inicial son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto intermitente o esporádico con la población mayoritaria no indígena, por lo general referido a aquellos que han iniciado un proceso de contacto recientemente. No obstante, se advierte que “inicial” no debe entenderse necesariamente como un término temporal, sino como una referencia al poco grado de contacto e interacción con la sociedad mayoritaria no indígena. Los pueblos indígenas en contacto inicial anteriormente fueron pueblos en aislamiento voluntario que por alguna razón, voluntaria o no, entraron en contacto con miembros de la población

6 Para profundizar sobre este particular se sugiere ver: OEA & CIDH. (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. Disponible para consulta en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf>, consultado: 18/08/2014.



envolvente, y aunque mantienen un cierto nivel de contacto no conocen plenamente ni comparten los patrones y códigos de interrelación social de la población mayoritaria (CIDH, 2013, 5).

Según la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, estos pueblos se encuentran en peligro de extinción o en grave estado de vulnerabilidad y requieren de protección especial (ACNUDH, 2012, 8). En estos casos, los Derechos Humanos han de ser leídos atendiendo a la particularidad del no contacto o del contacto reciente de estos pueblos, sin olvidar las amenazas o problemas⁷ que enfrentan, desde el punto de vista del ejercicio de los Derechos Humanos y su situación de particular vulnerabilidad.

Así las cosas, los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial poseen algunos derechos como el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la autodeterminación, a las tierras, territorios y recursos, a la cultura, al mantenimiento de sus prácticas tradicionales y ancestrales, a definir sus modelos de desarrollo y al consentimiento previo, libre e informado que pueden verse vulnerados si se desconoce su situación. Por eso es indispensable efectuar una interpretación que asegure la implementación de los derechos de estos pueblos, tales como autodeterminación, derecho al territorio y al mantenimiento de sus propias culturas (ACNUDH, 2012, 13).

Consideramos obligatorio mencionar que, en cuanto a pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, el tema de la consulta previa debe ser asumido de manera muy cuidadosa, en especial porque el derecho a la autodeterminación que poseen significa el respeto a sus estrategias de sobrevivencia física y cultural, según sus usos y costumbres, que puede comprender el aislamiento, así como contactos y formas selectivas de convivencia. La decisión de mantener su aislamiento puede ser entendida como una de las diversas formas de expresar el ejercicio del derecho a la autodeterminación, que puede contribuir a acatar otros derechos. Respetando la decisión de mantenerse en aislamiento y garantizando dicha opción a través del desarrollo de políticas públicas y normativas dirigidas a la consecución de tal fin, se está protegiendo a estos pueblos de cualquier contacto (ACNUDH, 2012, 13-14).

Desde este punto de vista, es imperioso tener presente que el derecho al territorio resulta fundamental para estos pueblos, ya que se presenta una interdependencia total de ellos con el ambiente y esta les permite mantener sus vidas y culturas, gracias a los conocimientos profundos que tienen sobre los usos, aplicaciones y cuidados de su entorno. Esto implica que el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que

⁷ Estos pueblos requieren protección especial, dado que pueden verse afectados por enfermedades, desplazamiento, despojo de sus territorios, etc.

sufran significaría también una amenaza a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento (Rodríguez, 2014, 193).

De igual forma, el derecho a la cultura contribuye a preservar y practicar sus tradiciones y costumbres culturales. Estos son pueblos muy vulnerables cuyas culturas están en permanente riesgo de desaparecer, por lo que su protección resulta fundamental. No obstante, no debemos olvidar que la condición fundamental para preservar las culturas de estos pueblos se encuentra precisamente en garantizar la supervivencia física de los mismos (ACNUDH, 2012, 14).

Siguiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una consecuencia del respeto a la libre autodeterminación y a su elección de mantenerse aislados es que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario no intervienen en los canales convencionales de participación. Esta imposibilidad hace que la protección de sus derechos por parte de los Estados, organismos internacionales y otros actores en la defensa de los Derechos Humanos, cobre una importancia adicional. Dicha institución considera entonces que no es posible realizar una consulta previa, libre e informada de acuerdo con los estándares establecidos por la misma Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten los derechos de los pueblos indígenas en mención. Los pueblos en aislamiento voluntario suelen rehuir al contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus tierras y territorios ancestrales.

En igual sentido, se ha pronunciado James Anaya, Exrelator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, quien ha reconocido la dificultad de realizar una consulta directa con los pueblos en aislamiento en tanto “podría forzar un contacto contra la voluntad de estos grupos”. Al respecto, ha expresado que los Estados pueden coordinar esfuerzos con las organizaciones indígenas representativas de los segmentos en contacto del mismo pueblo en cuyo caso sus “acciones por la reivindicación general del territorio tradicional [indígena] incluyan la protección de dichos grupos en aislamiento”. Ello como parte de un proceso continuo de consulta y protección territorial de todos los sectores de un mismo pueblo, abarcando los grupos en aislamiento CIDH (2013, 13).

La Comisión considera que, en atención al principio *pro personae* y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores principales a considerar cuando se analiza si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios ancestrales, son: (i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas (CIDH, 2013,13).



En cuanto a los pueblos indígenas en contacto inicial, la CIDH considera que los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana de manera culturalmente apropiada, de acuerdo con las circunstancias de cada caso específico y tomando en cuenta el nivel de contacto del pueblo de que se trate. A diferencia de los pueblos en aislamiento voluntario, los pueblos en situación de contacto inicial sí tienen relación con otros pueblos indígenas y, en algunos casos, con la sociedad no indígena o mayoritaria, lo que posibilita la realización de una consulta previa, libre, informada y de buena fe, dirigida a obtener su consentimiento. En los casos en que se realice dicha consulta a pueblos indígenas en situación de contacto inicial, considera que además se debe tener en cuenta su situación particular de vulnerabilidad y de interdependencia con sus territorios y recursos naturales, su cosmovisión y cómo esta puede interpretar un proceso de consulta, y ante todo considerárseles sujetos activos y titulares de derechos para decidir de manera previa, libre e informada, en qué forma se debe llevar a cabo la consulta y el resultado de la misma (CIDH, 2013,14).

La situación es compleja, por lo cual es necesario que en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial se efectúe un proceso de análisis profundo. En nuestra opinión, a estos pueblos que se encuentran en extremo peligro se les debe garantizar el derecho a la autodeterminación, lo cual “se traduce en el respeto a su decisión de mantenerse en aislamiento, sin que esto haga presuponer que la situación de estos pueblos no pueda evolucionar en lo que se refiere a su deseo o necesidad de establecer contacto con el tiempo. El respeto a su decisión de mantenerse en aislamiento conlleva la toma de medidas efectivas para evitar que personas ajenas o las acciones de estas puedan afectar o influir, ya sea accidental o intencionalmente, a personas pertenecientes a grupos indígenas en aislamiento” (ACNUDH, 2012, 23). Lo anterior significa que, de acuerdo con los planteamientos efectuados por Naciones Unidas, solo razones de gran peso que impliquen además establecer formas de protección de dichas comunidades pueden conllevar la intervención de sus territorios.

Del mismo modo, es importante resaltar que el Decreto Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (Decreto Ley 4633 de 2011) hizo referencia a estos pueblos no contactados o en aislamiento voluntario, y señaló que le corresponde al Estado colombiano garantizar el derecho de estos pueblos a permanecer en dicha condición y a vivir libremente, de acuerdo a sus culturas en sus territorios ancestrales. Por lo tanto, como sujetos de especial protección, en ningún caso podrán ser intervenidos o despojados de sus territorios, ni serán objeto de políticas, programas o acciones, privadas o públicas, que promuevan el contacto o realicen intervenciones en sus territorios para cualquier fin (artículo 17). Adicionalmente, indica que los pueblos indígenas en contacto inicial tienen derecho a vivir libremente y de acuerdo con su cultura en sus territorios ancestrales. Las políticas, programas o acciones privadas o públicas

que se promuevan o realicen para ellos en el caso que hayan sufrido daños y afectaciones, deben incluir mecanismos y medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales y las mismas se deben definir en la Mesa Permanente de Concertación (Decreto 1397/96). En aquellos casos en los que se haya producido un daño o afectación, dichos pueblos serán sujetos de medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales.

Finalmente, siguiendo al profesor Roberto Franco (2012, 130), se resalta el hecho de que en Colombia existen en el territorio de la Amazonía comunidades aisladas que requieren protección ante múltiples amenazas. La llegada de agentes extraños a sus territorios implica poner en riesgo culturas de gran importancia y valor y, en consecuencia, el Estado debe establecer políticas y normas para su protección.

¿Se debe reglamentar la consulta previa?

El tema de la reglamentación de la consulta previa ha aparecido de manera insistente tanto en las Altas Cortes como en los pronunciamientos del Gobierno y del sector privado, quienes han señalado que es necesaria para la seguridad jurídica⁸ con el fin de tener claro el procedimiento para llevarlas a cabo. Es más, la Corte Constitucional ha instado al Gobierno Nacional a hacerlo, con el argumento de ser necesario contar con reglas sobre la forma como debe garantizarse este derecho.

Por el contrario, los pueblos indígenas plantean serias dudas al respecto y expresan reparos, pues sienten temor de una reglamentación que debe pasar por el Congreso de la República, pudiendo terminar por limitar su derecho fundamental a la consulta previa.

Si bien es cierto que sería conveniente tener precisos los procedimientos, que deben ser flexibles dada la diversidad de pueblos y culturas, usos y costumbres existentes en el país, también se plantea que los pronunciamientos de la Corte Constitucional han dado importantes luces sobre los requisitos y procedimientos con relación a la consulta previa. No obstante, existen dudas en temas como cuáles son las normas que deben someterse a consulta, ante lo cual el Tribunal Constitucional ha instado al Congreso de la República y al Gobierno nacional a adoptar una reglamentación sobre la forma y el procedimiento de realizar la consulta, para lo cual se debe tramitar una ley estatutaria que a su vez debe ser previamente consultada.

8 Consideramos necesario mencionar que el Decreto 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa para la explotación de recursos naturales. Adicionalmente, las Directivas Presidenciales Nos. 01 de 2010 y 10 de 2013, hacen referencia a este derecho, y el Decreto 2613 de 2013 adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.



A pesar de esta situación, es preciso subrayar que la consulta previa no puede tratarse como un mero trámite. Superar los conflictos ambientales exige incluir la garantía de los procedimientos adecuados de consulta, que cumplan con los requisitos esenciales y las visiones de estos pueblos. Estos dilemas, además de las cuestiones étnicas y ambientales, implican en la actualidad la necesidad de una transformación institucional en defensa de lo público. En consecuencia, la coordinación y el fortalecimiento de unas instituciones que cuenten con recursos económicos y personal idóneo, posibilitan no solamente la prevención y solución de los problemas planteados, sino también la realización de procesos de consulta previa, constituyéndose así en mecanismos de protección de la riqueza social, cultural y ambiental de nuestro país.

Siguiendo al Alto Tribunal Constitucional, se han fijado importantes precedentes en materia de protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas. De esta forma, la Corte considera que la consulta es un asunto de interés general, en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y la existencia misma del Estado Social de Derecho. Coincidimos con su aseveración cuando puntualiza, refiriéndose a la solución de los conflictos, que la consulta previa es el mecanismo eficaz para buscar una salida y un reconocimiento de los diversos intereses y por eso se propone que para realizar una consulta efectiva es indispensable que esta se efectúe previamente a cualquier decisión y que se dé el cumplimiento de los requisitos de buena fe, procedimiento debidamente informado y que la consulta sea culturalmente adecuada.

Con todo ello, a pesar de que algunos grupos étnicos han propuesto en este contexto contar con unos lineamientos o protocolos propios que recojan los intereses y visiones de cada pueblo, es necesario dar una salida a esta problemática a través de fórmulas que permitan dar respuesta a situaciones como las que a continuación se plantean. Dado el gran número de consultas previas que se están realizando en estos momentos en el país, las cuales cambian las dinámicas propias de los grupos étnicos, podría pensarse en otras formas de efectuar dichos procedimientos para garantizar el derecho, como por ejemplo en las decisiones de gran trascendencia que involucran varias licencias ambientales en una región, establecer consultas estratégicas para realizar una evaluación integral y llegar al consentimiento libre, previo e informado. De esta manera, no estarían efectuándose diversas consultas al mismo tiempo con un solo pueblo, sino que por el contrario se daría una mirada exhaustiva a las afectaciones y se acordarían las formas más congruentes para abordarlas. Para ello, es fundamental el empoderamiento y la información que con anterioridad posean y valoren las colectividades.

Otro tema importante es el relacionado con los tiempos para efectuar las consultas previas. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR, 2011) sostiene que la consulta, para que

realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. Adicionalmente, recomienda determinar un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e, incluso, las formas que tienen los pueblos indígenas de concebir el derecho a la consulta previa. También señala que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisiones y puedan participar, efectivamente, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales.

Dado que este es un permanente reclamo de las instituciones y de los dueños de los proyectos, en vista de que encuentran que consultas sobre asuntos similares se efectúan con diferencias significativas sobre los tiempos y que ya existe una experticia al respecto, la pregunta entonces será si es posible, mediante un acuerdo normativo o con la consagración de reglas, establecer promedios sobre la duración que posibiliten la consulta sin afectar los derechos y teniendo en cuenta los usos y costumbres de las comunidades, para de esta manera alcanzar claridad sobre cuánto tiempo puede requerir un proceso de esta naturaleza. Es completamente imposible hablar de un mismo tiempo para ello, como se ha planteado en los últimos tiempos, ya que depende del proyecto, la temática, los impactos, el tamaño, la información a analizar, etc.

Es evidente que la responsabilidad de la consulta previa es del Estado y por tanto esta no puede ser delegada en los dueños de los proyectos; por ello se requiere que las instituciones sean fortalecidas tanto con personal como con presupuesto. Al respecto, ya hemos planteado que es importante que en las instituciones con competencias que tengan que ver con pueblos indígenas se cuente con dependencias y funcionarios especializados (en lo posible grupos interdisciplinarios) que posean conocimientos acerca de los derechos de las comunidades, además de otros temas que tienen que ver con la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Los funcionarios deben desarrollar el rol de facilitadores, orientadores y defensores de los derechos étnicos y territoriales y deben tener presente que la consulta es una instancia que permite la relación directa comunidad-Estado, la cual debe fortalecerse sobre la base de la credibilidad y confianza mutua.

Una forma de lograr avanzar y superar estas limitaciones al derecho a la consulta previa es a través de un acercamiento que permita que las partes involucradas decidan de manera coordinada la mejor forma para sacar adelante el tema y superar los escollos que se han presentado. Para ello, ya sea a través de una regulación o de protocolos concertados, es importante ofrecer mecanismos de transparencia que permitan superar las problemáticas que se han planteado. En todo momento debe tenerse presente que cualquier regulación o determinación al respecto debe tener en cuenta el mandato de progresividad que se impone al Estado colombiano y la prohibición de adoptar medidas



regresivas para la eficacia de los derechos. Dicha prohibición al retroceso se erige en una presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada, como lo ha establecido la Corte Constitucional⁹.

La justiciabilidad del derecho a la participación y a la consulta previa

Antes de abordar el tema de las circunstancias que han llevado a que los jueces resuelvan los conflictos ambientales en materia de participación y consulta previa, debemos mencionar que entendemos por *justiciabilidad* la posibilidad de reclamar ante un juez el cumplimiento de las obligaciones y la realización de derechos que, en el caso planteado, tienen que ver con los derechos étnicos y ambientales. Dicha justiciabilidad es de gran valor, ya que la experiencia ha demostrado que ha sido una de las maneras como se hacen efectivos los Derechos Humanos (Picolotti y Bordenave, 2002, 2-5). Mediante la justiciabilidad es posible recurrir de manera individual o colectiva ante el aparato judicial para reclamar al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y la realización de nuestros correlativos derechos.

Como estrategia de realización de derechos en Colombia¹⁰, la justiciabilidad parte de la confianza en que el poder judicial puede jugar un papel fundamental en dicha labor, de allí que con no poca frecuencia se acuda ante el mismo, demandando la tutela de los derechos a la participación y la consulta previa. Es manifiesta la seguridad que tienen las víctimas en los jueces, en especial en la Corte Constitucional¹¹ cuando aparecen conflictos ambientales surgidos en el marco de proyectos o la toma de decisiones ambientales que requieren de amplios procesos participativos y el cumplimiento del derecho a la consulta previa¹².

Mediante la administración de justicia se protegen y se hacen efectivos los derechos y las garantías en busca de la convivencia social y pacífica. De esta forma se asegura la integridad de un orden político, económico y social justo. En este contexto se puede señalar que el poder judicial lidera la defensa de

9 Se resalta que en esta materia la Corte Constitucional ha avanzado en el contenido del principio de progresividad en el ámbito interno, lo cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia en diversos pronunciamientos. Ver, entre otros: C-1165 de 2000, C-1489 de 2000, C-671 de 2002, C-981 de 2004, C-038 de 2004, T-1318 de 2005 y T-043 de 2007.

10 Esto ocurre en casos como el colombiano, en el que los jueces han sido, en términos generales, garantistas de los derechos, pero no ocurre lo mismo en otros países, ante lo cual prevalecen formas diferentes a la búsqueda de justiciabilidad.

11 Se destaca, por ejemplo, que en el año 2012 la Corte Constitucional profirió un total de 1.096 sentencias y en el año 2013 fueron 970 providencias en total (CCC, 2014, 49).

12 En este contexto, la Corte Constitucional ha tenido que resolver más de setenta casos en materia de consulta previa.

los derechos y, en especial, de los derechos referidos a la participación y a la consulta previa.

Se deben destacar los casos de conflictos ambientales que han terminado con una decisión judicial, en los que además se ha concluido que han sido vulnerados los derechos a la participación y la consulta previa, ya sea porque no han sido llevados a cabo procesos adecuados o porque estos no se han cumplido con el rigor que merecen.

En muchos casos se prueba la vulneración de los derechos, correspondiéndole al poder judicial intervenir y resolver la situación. Es así como han debido estudiar un significativo número de conflictos, debiendo, en últimas, a través de sus fallos, tutelar el derecho a la consulta previa y señalando que el proceso de participación en la toma de las decisiones estatales debe buscar asegurar la efectiva protección de los intereses colectivos y los derechos fundamentales de las comunidades¹³.

Como resultado de la judicialización de los hechos mencionados se debe resaltar la sobresaliente actuación de la Corte Constitucional en la solución de los conflictos ambientales relacionados con la participación y la consulta previa. Dicho Tribunal, como garante de los derechos de todos los colombianos consagrados en la Constitución, ha fijado importantes precedentes en materia de protección de los valores culturales, económicos y sociales, los cuales han sido reconocidos tanto en el ámbito nacional como internacional.

Conclusión

Indiscutiblemente, asuntos como la consulta previa y la participación en materia ambiental se han constituido en una preocupación de los diversos sectores involucrados. En consecuencia, desde nuestra perspectiva, la sociedad colombiana debe enfrentar, de la manera más incluyente, grandes retos para avanzar en la construcción del Estado Social de Derecho: la consolidación de un verdadero régimen democrático en el que haya un fehaciente ejercicio de las libertades, la realización de capacidades de sus miembros y el desarrollo como sociedad moderna y participativa.

Sin duda, si no son los usuarios de los elementos que componen el espacio en el que viven quienes se hacen parte de los procesos de gestión y planificación y adquieren conciencia de la especial sensibilidad que implica el uso y manejo de los recursos naturales para procurar su conservación, el futuro del planeta podría llegar a estar en manos de quienes simplemente buscan un provecho económico o de quienes no conocen el carácter finito de dichos recursos.

13 Entre otras, las Sentencias T-737 de 2005, T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional.



Así las cosas, incidir en la sostenibilidad del ambiente es una tarea que se hace en exceso compleja sin la participación de todos los involucrados o interesados. La gestión ambiental es una función esencialmente pública compartida por el Estado, la esfera productiva, las comunidades y las personas, lo cual señala que existen múltiples actores vinculados.

De esta forma, en primer lugar, resulta importante mencionar que las decisiones que se tomen en el país deben contar con espacios que permitan la inclusión con el fin de evitar la generación de conflictos ambientales de trascendencia en el orden nacional e incluso internacional. Para ello, es indispensable que haya disposición por parte de las instituciones para establecer mecanismos de prevención de dichas confrontaciones, modificando así la tendencia que actualmente se presenta de reaccionar ante situaciones inmediatistas. Como un mecanismo de alerta, consideramos necesario atender los reclamos y proporcionar espacios de participación que posibiliten de manera transparente y de buena fe un escenario de diálogo directo tendiente a evitar la judicialización de los casos.

Lo anterior significa que con la democracia participativa el Estado y la sociedad actúan de forma conjunta para construir un escenario de convivencia que conjugue los intereses y necesidades presentes tanto en la esfera de lo público como de lo privado. Esto explica la posibilidad de participar en los procesos de planeación y decisión, teniendo en cuenta que los individuos no son solo objetos de los procesos de desarrollo, sino que son los protagonistas de los mismos, por lo que la participación democrática en Colombia se constituye en un elemento del desarrollo integral además de la justificación del Estado en la garantía de los derechos individuales y colectivos.

Como resultado del panorama presentado, consideramos que es necesario tomar medidas para promover procesos reales de participación y de consulta previa. En consecuencia, esta situación nos convoca a establecer formas de solución para lo cual se debe contar con mecanismos que posibiliten la prevención y estrategias para adelantar procesos consultivos en igualdad de condiciones, con escenarios de discusión y decisión equitativos, logrando proteger la integridad y los derechos de todas las personas y de las colectividades. Además, deben establecerse instrumentos para que dichos procesos sean transparentes y eviten cualquier manera de corrupción o manipulación por parte de los diversos actores, terceros e interesados en los mismos.

En todos los procesos ambientales es imperativo garantizar instancias de participación y procesos de consulta que atiendan su carácter previo además de elementos como la buena fe, la información, la flexibilidad y adecuación cultural como también la ponderación y armonización de los derechos de todas las partes.

El Estado colombiano tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la protección eficaz de los derechos a la participación y a la consulta previa. Es necesario que de manera preventiva se establezcan mecanismos para evitar la generación de los conflictos planteados, a través de una institucionalidad capacitada y fortalecida en el ejercicio de su rol como garante de los derechos. Se deben también evitar actuaciones abusivas, imponer la reparación por los daños que puedan ocasionarse y facilitar el acceso a la justicia en estos casos.

Para ello es fundamental reconocer la importancia de la participación y de la consulta previa como derechos fundamentales relacionados con la democracia y el carácter multiétnico y pluricultural que distingue al Estado colombiano. Son necesarios cambios y prácticas sociales que posibiliten espacios de incidencia de la sociedad, para la construcción de políticas públicas y en las decisiones que en materia ambiental se requieren en el país.

La actual situación de Colombia nos permite pensar y anhelar el respeto de las garantías constitucionales y legales, revalorizando en especial los derechos a la participación y a la consulta previa como un precepto de la democracia y del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, el reto no es necesariamente tener normas nuevas sobre temas ambientales y étnicos; el reto es hacer cumplir las disposiciones existentes estableciendo responsabilidades claras con el fin de generar procesos incluyentes que eviten la generación de las problemáticas planteadas. Si esto no se viabiliza, es importante contar con jueces que a través de sus fallos hagan realidad estos derechos y con ello logren, en el corto y mediano plazo, la protección de nuestro patrimonio natural y cultural, así como el ejercicio efectivo de los derechos a la participación, a la consulta previa y a la paz para todos los colombianos.

Referencias bibliográficas

CEACR. (2011). *Observación General 2011, sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. En: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>.

CIDH. (2013) *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*. Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. En: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf>. Consulta: 18/08/2014.



Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2000). *La situación de los Derechos Humanos de los pueblos en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62.

Corte Constitucional de Colombia. *Informe de gestión de la Presidencia*, año 2013. Bogotá: Corte Constitucional.

Franco, R. (2012). *Cariba malo: episodios de resistencia de un pueblo indígena aislado del Amazonas*. Documentos históricos Imani, 2. Leticia: Universidad Nacional de Colombia, sede Amazonía; Instituto Imani.

López Cárdenas, C. M. (2009). *Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los Derechos Humanos*. *Revista Estudios Sociojurídicos*, 2(11). Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 301-334.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York y Ginebra: ONU.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2012). *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*. Ginebra: ACNUDH, AECID.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Programa para promover el Convenio 169 (Pro 169)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Palacio, G. (1998). *La naturaleza en disputa: tierra, territorio y biodiversidad* (pp. 1 a 40). En: AA.VV. *La manzana de la discordia. Debate sobre la naturaleza en disputa*. Bogotá: Ecofondo, Tercer Mundo Editores.

Palacio, G. (2001). *Naturaleza en disputa: ensayos de historia ambiental de Colombia, 1850-1995*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Instituto Colombiano de Antropología.

Picolotty, R., & Bordenave, S. (1998). *La justiciabilidad del derecho ambiental desde una perspectiva de Derechos Humanos*. Argentina: Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente (CEDHA).

Revista Semana. (2014). *Colombia es el país con más conflictos ambientales de América Latina*. *Revista Semana*. En: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/mapa/30830>. Consulta: agosto 26 de 2014.

Rodríguez, G. A. (2008). La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas. En: Juan Houghton (ed.), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN), Organización Indígena de Antioquia (OIA).

Rodríguez, G. A. (2011). *Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa*. Revista *Opinión Jurídica*, edición especial. Universidad de Medellín.

Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, GIZ.

Comentarios al panel

sobre participación y consulta previa en materia ambiental

*Germán Palacio Castañeda**

En primer lugar, quiero agradecer particularmente a la Corte Constitucional por la invitación a participar en este importantísimo evento, pero, sobre todo, por darme la oportunidad de escuchar las presentaciones de los demás colegas y también de muchas personas con las cuales he podido conversar, lo que me ha permitido enriquecerme. En segundo lugar, en el programa dice que soy investigador del Instituto Sinchi; quiero corregir esta información, pues solamente soy miembro del comité editorial de su revista *Colombia Amazónica*, pero trabajo como profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia, sede Amazonia. De paso quiero invitar a todos los presentes a que nos visiten en su universidad, la universidad de todos los colombianos, en la Sede Amazonia.

Aprovechando estas circunstancias, quiero mencionar que muchas veces tenemos una serie de mitos sobre la Amazonia que nos conducen a dejar de lado otras circunstancias relevantes en relación con la protección del ambiente. La Amazonia se ha convertido en un asunto ambiental global. Sin embargo, esa noción nos hace olvidar muchas veces, o más bien opaca el hecho de que posiblemente hace cien años podía haber existido más biodiversidad en la región Andina colombiana. Las luchas ambientales no pueden enmarcarse solamente en la protección de la Amazonia. La protección de las cordilleras, de las cuencas, la lucha por la defensa de los derechos de la gente aquí, en el Tolima, son de sustancial importancia y, eventualmente, hasta más importantes que la protección de la Amazonia, porque aquí es donde vive la mayoría de los colombianos y colombianas.

* Abogado de la Universidad del Rosario, máster en Sociología del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin, y PhD. en Historia de la Universidad Internacional de La Florida. Es profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia, sede Amazonia.



La semana pasada, posiblemente se partió en dos la historia de Leticia. El lunes hace ocho días ocurrió allí un paro cívico, con una gran concurrencia, como nunca había sucedido. Este paro estuvo inspirado en protestas por asuntos relacionados con basura, falta de agua potable, alcantarillado y la pésima calidad de los servicios públicos. Quiero decirles que la Amazonia vive un intenso proceso de urbanización, y que si nosotros no convertimos las demandas, las luchas y la vivencia de lo urbano en nuestra agenda ambiental tendemos a fracasar. La mayor parte de la población en la región amazónica, y quiero decir en la Panamazonia, que la comparten ocho países, está bastante urbanizada, por lo cual las demandas por cuestiones propiamente urbanas asociadas a temas ambientales que antes se veían solamente como temas sociales son de particular importancia.

En este contexto, asumo hoy una tarea compleja que he tratado de organizar de la siguiente manera. Voy a comenzar por hacer un resumen y realizar unos comentarios a los escritos que recibí. Voy a destacar algunos de los aspectos que son importantes, a referirme a los elementos que comparten las ponencias y a sus diferencias. En la segunda parte voy a destacar algunos aportes de los panelistas. No se trata de realizar un resumen fragmentado, pues, por el contrario, resulta clave empezar a recoger los aportes de los ponentes y los comentaristas que nos antecedieron. Este no es un tema que deba ser tratado de manera fragmentada. Como nos lo enseña una metodología ecosistémica, es necesario establecer las interacciones entre los diferentes elementos del sistema.

Dicho lo anterior, quisiera empezar por lo siguiente. Espero que sea lo más sencillo. Digamos que los escritos que pude leer ofrecen un fascinante debate jurídico sobre los derechos de participación de los pueblos indígenas y tribales y su relación con el medio ambiente. Además, tratan de responder a preguntas y problemas jurídicos derivados de la consulta previa, como los relativos a la normatividad, que tiene su origen en el Derecho Internacional, particularmente en la OIT, y sobre su incorporación a los sistemas jurídicos nacionales y algunas de sus implicaciones prácticas. Las ponencias concuerdan, en general, sobre los siguientes puntos: en primer lugar, en que la consulta previa se refiere a medidas legislativas y administrativas, y el magistrado González puntualizó que también a actos legislativos, por si acaso hay alguna duda al respecto. También concuerdan los ponentes en que las consultas previas apuntan a conseguir acuerdos o a lograr el consentimiento en una negociación entre el Estado y los pueblos indígenas. Como estos pueblos tienen características particulares, el proceso debe ser conducido con criterios de multi e interculturalidad. Esto liga ámbitos asociados de la cultura y los derechos a la tierra y a la territorialidad.

Existe consenso en que han ocurrido bastantes avances en la normativa sobre consulta previa. Se ve, sin embargo, que todavía hay deficiencias, discusiones, aspectos que requieren más trabajo, vacíos en algunos casos, problemas y

polémicas que el aparato judicial ha tratado de resolver. La doctora Rodríguez, por ejemplo, menciona la Sentencia T-383 de 2003, que avanza para ponderar derechos, y ella agrega que también para tratar de armonizarlos.

Los colombianos y los latinoamericanos –el doctor Etó utilizaba la expresión *indoamericanos*– aspiran a que las Cortes ayuden a darle más eficacia al derecho a la consulta previa, protegiendo a las poblaciones vulnerables y considerando también el otro elemento que tienen como contrapeso: la garantía de la seguridad jurídica de las inversiones. En un balance habría que decir que las Cortes, tanto en Colombia como en Perú, han contribuido al desarrollo de ese derecho. Algunos aquí han mencionado que incluso podrían hacer algo más.

En cuanto a la finalidad de este derecho de consulta previa, se dijo que tiene que ver con la salvaguardia de la normativa internacional que, por razones legales y convencionales, estamos obligados a cumplir. También tenemos el tema del bloque de convencionalidad, diferente del bloque de constitucionalidad, como un instrumento efectivo de protección de derechos socioétnicos y culturales. Pero, además de estas finalidades que estoy diciendo, Gloria Rodríguez propone otras: la prevención y solución de los conflictos sociales y ambientales y un aporte significativo a la gestión ambiental del país. Y yo puedo sugerir algo que puede ser más polémico: fortalecer, empoderar a las comunidades locales. Es un tema de poder, porque se trata también de fortalecer la capacidad de negociación de las comunidades.

El otro aspecto que se discutió fue el relativo a la trayectoria del derecho. Y en este punto pueden comenzar los desacuerdos. Podríamos partir del derecho a la consulta previa, pero dirigiéndonos hacia el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Podría parafrasear este tránsito eventual, este tránsito jurídico de la posibilidad de participar en un mecanismo formal al otro extremo, que consiste en la posibilidad de que la comunidad local ejerza un poder sustancial de decisión. A veces muchos juristas se asustan porque se preguntan si esto se trata de un derecho a veto. Yo no estoy seguro, pero lo quiero dejar planteado. Se trata de avanzar en un proceso que exige que las comunidades se fortalezcan en su capacidad de negociación, porque la contraparte, de la que hacen parte tanto el Estado como las corporaciones transnacionales, sí se ha fortalecido en este punto.

Con respecto a este debate hay tres posiciones específicas. Una visión formalista que remite a un derecho con una eficacia sustancial débil, pero creo que la Corte Constitucional colombiana ya ha avanzado en un sentido que desborda esta postura. Existe también una visión intermedia que remite a un acuerdo obligatorio para las partes y a un manejo del desacuerdo en manos del Estado, aunque con condiciones. Esto lo extracté de la ponencia del doctor Etó. Finalmente, está la versión más amplia, que me parece que es a la que avanza y apunta Gloria Rodríguez, que concibe la consulta previa como un derecho con



eficacia sustancial decisoria, es decir, con un poder de decisión final en manos de los pueblos indígenas. Y hay ejemplos en donde, si existe desacuerdo, no es posible ir hacia atrás. Por ejemplo, el Estado no puede tomar decisiones que conduzcan al desplazamiento de los pueblos minoritarios. Estas controversias son muy importantes y tienen unas implicaciones prácticas y jurídicas y, por supuesto, económicas y políticas.

Ya hemos hablado mucho de las consultas exprés y de las licencias exprés que el presidente Santos nos anunció, y varias personas en este foro han anunciado en público sus cuestionamientos al respecto. Podría resumirlos de la siguiente manera: ¿estaríamos abocados a que el posconflicto sea una proliferación de conflictos? Es decir, ¿el Gobierno está abocado a una situación donde con el codo borra lo que hace con la mano?; como preguntó Julio Carrizosa en el primer panel: ¿quién pagará los platos rotos? ¿Los funcionarios del Estado? Y como lo dijeron Rodrigo Uprimny y Luis Jorge Garay: ¿cuál es la fortaleza democrática de nuestras instituciones para asegurarse de que somos capaces de expedir licencias exprés con la calidad que requiere ese ejercicio? Y Julia Miranda ayer preguntaba: ¿cuál es la fortaleza técnica de nuestras entidades ambientales? (sabemos que es dudosa). Y yo añadiría otras preguntas: ¿quién va a fortalecer la capacidad técnica y científica de los pueblos indígenas?, ¿el gobierno va a financiar el aparato investigativo de las universidades públicas para apoyar a las comunidades para poder competir, contestar, balancear el poder económico y técnico-científico de las corporaciones transnacionales?, ¿les dejamos este esfuerzo a las ONG y a la cooperación internacional, como muchas veces suele suceder? Por último, pregunto: ¿es realista esperar a que la Corte Constitucional enderece este entuerto? Yo creo que en realidad se trata de una responsabilidad que no puede ser asumida solamente por la Corte Constitucional, sino por todos los colombianos y todas sus instituciones.

Paso entonces al último punto, mencionado por Gloria Rodríguez en su ponencia: ¿el derecho a la consulta previa es expandible a otros grupos sociales? Por ejemplo, hablemos de las zonas de reserva campesina en el marco de las negociaciones de paz. ¿Es obligatorio preguntar a las comunidades campesinas en los casos que tienen que ver con la consulta previa? ¿Qué pasa con los pueblos en aislamiento voluntario? Hay dificultades pero sería muy interesante que hiciéramos trabajos comparados Colombia-Perú, Colombia-Brasil, etcétera. Todos están trabajando en este tipo de temas del desarrollismo. ¿Cómo hacemos comparaciones históricas y ejercicios interpretativos políticos cuando la historia y la trayectoria misma de los conceptos culturales son tan diferentes?

Paso entonces a referirme a algunos puntos que me interesa resaltar. Nos invitaron a un debate que tiene una formulación específica. Sin embargo, es claro que nos hemos venido encontrando con otros debates que están ubicados en distintos niveles de abstracción. En apariencia nos convocaron a conversar

sobre participación, derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente, pero esas discusiones nos enfrentan, por ejemplo, con algunos de los temas que discutimos ayer en la tarde: i) expansión del capitalismo en su versión de industrias extractivas, mineras o petroleras; ii) derecho y poder social (como les decía, el tema de la consulta previa exige el fortalecimiento de la capacidad de negociación de nuestros pueblos indígenas); y iii) cambio ambiental global. Y digo “glocal” porque, aunque estamos hablando de consulta previa en territorios específicos, sabemos que esos casos en realidad remiten a un proceso de transformación global, y que si no ponemos a funcionar nuestra capacidad en los dos niveles, lo global y lo local, perdemos buena parte de nuestra capacidad analítica. Entonces, avancemos más allá de la discusión jurídica.

Lo primero que me llama la atención es que la normatividad sobre la consulta previa no provenga de un organismo internacional, por ejemplo, dedicado al medio ambiente, o dedicado a los Derechos Humanos, sino de un organismo de las Naciones Unidas que está dedicado al trabajo. Qué raro. La gente lo menciona pero pasa por encima de ese detalle. ¿Estamos realmente hablando del mundo del trabajo? Aunque los expertos en derecho laboral internacional y los defensores de derechos indígenas puedan ofrecernos detalles interesantes sobre este curioso origen, ofrezco una hipótesis: ¿existió acaso en la OIT, en 1989, una comprensión sobre la dinámica del capitalismo y su nueva naturaleza de capitalismo global como lo vemos desarrollarse hoy en día?; ¿lograron acaso vislumbrar que el nuevo capitalismo incorpora un nuevo tipo de relaciones de trabajo que difiere de las reguladas en los códigos?, esto es: ¿relaciones de vinculación de poblaciones indígenas y rurales al mundo laboral que no se rigen por la lógica del salario, ni de las garantías laborales, ni de la judicialidad?; ¿percibieron acaso que en los nuevos países independientes y en los países descolonizados de la Segunda Guerra Mundial la situación de los pueblos indígenas seguía siendo la misma situación del pasado, y se preguntaron entonces por la necesidad de que esos países dejaran de tratar colonialmente a sus poblaciones indígenas y a sus poblaciones locales de frontera?

En ese contexto, el desafío de fondo de la justicia constitucional tiene que ver con la consolidación de una regulación innovadora que contribuya a facilitar, limitar y a disminuir el costo social del capitalismo salvaje –como el capitalismo extractivista de enclave del que nos habló ayer Luis Jorge Garay– articulando a los sujetos colectivos que se encuentran en trance de incorporarse a ese capitalismo por cuenta del interés de las corporaciones transnacionales. ¿Cómo incorporarlos al capitalismo sin convertirlos en trabajadores asalariados?

Antes de avanzar en esa discusión quiero hacer una distinción importante entre cambio climático y cambio ambiental. Nosotros nos hemos obsesionado con las famosas licencias exprés que nos anunció el presidente Juan Manuel Santos, pero él formuló una idea, digamos, curiosa sobre cambio climático al referirse a las inundaciones que afectaron la costa Caribe en el año 2010 como consecuencia



del fenómeno de El Niño. A ese asunto, sin embargo, se había referido muy bien la magistrada Martha SÁCHICA al dar cuenta de la significación específica del cambio climático y distinguir este concepto del de variabilidad climática. El fenómeno de El Niño es un evento relacionado con la variabilidad climática. El cambio climático, en cambio, es antropogénico. Pero en el momento en que el cambio climático se apodera de los titulares, opaca los cambios ambientales que están ocurriendo en nuestro país. Entonces, relacionamos las inundaciones en la costa Caribe con el cambio climático. Asumimos que no es problema de nosotros, que nuestra contribución en la producción de gas carbónico y de otros gases, como el metano, es mucho menor que la de otros países y que, por lo tanto, el tema no nos incumbe. Los chigüiros que murieron en la Orinoquía este año son presentados también, desde esta perspectiva, como otro asunto del cambio climático. Eso es falso. Pensemos en términos de cambio ambiental, que también puede ser global, y el cambio ambiental implica que si hay grandes talas y ocupación de cauces de ríos por intereses de la expansión del desarrollo, que si las petroleras están monopolizando el agua en el Casanare, no podremos defendernos muy bien de los eventos extremos e insospechados a los que nos vemos enfrentados día a día por cuenta de los fenómenos ambientales.

El cambio ambiental global subsume el cambio climático. Pero el cambio ambiental global envuelve una discusión sumamente compleja en términos científicos, y eso ha permitido que sus implicaciones específicas puedan ser reformuladas o manipuladas a nivel político. Sobre esa base, se pretende desconocer nuestra responsabilidad en las inundaciones de la costa Caribe o en la inundación de la cuenca del río Tunjuelito. La culpa, quisieran decir algunos, la tienen los países más desarrollados que emiten gases tóxicos a la atmósfera. Creo, sin embargo, que la defensa de la Tierra –y eso me lleva al nombre de esta reunión– no puede opacar la defensa de la tierra. La primera con mayúscula que en inglés se dice *Earth* y la segunda con minúscula que en inglés se dice *land*.

Para terminar, quiero referirme al tema de la glocalización y el cambio ambiental. Aquí les voy a proponer lo siguiente: creo que existen en la actualidad dos fuerzas globales que se están disputando, por ejemplo, la Amazonia, por el debate entre conservación y medio ambiente. A la primera fuerza la llamo los neoconservacionistas y a la otra los neodesarrollistas. La primera fuerza es sumamente potente en Colombia. Los neoconservacionistas son “neos” porque no solamente pretenden conservar o proteger la Tierra, sino porque después de una gran reflexión de largos años han admitido que en sus propuestas, por ejemplo de parques naturales, la gente también exista, porque la formulación original es “parques sin gente”. Han sido obligados a reformular: ¿cuál gente?, pues la que ha vivido allí desde antes, los mismos pueblos indígenas, campesinos, etc. Y están también los neodesarrollistas, porque me da la impresión de que los nuevos desarrollistas comprenden un poco mejor que no lo pueden hacer como las corporaciones transnacionales del pasado, saben que es muy problemático

no dejarles nada a las comunidades, saben que cuando se van a ir solo queda la tierra arrasada. Los neodesarrollistas tratan de pensar en algunos mecanismos compensatorios para hacer que sus proyectos puedan avanzar, se trata de glocalización porque ambos deben apelar a poblaciones locales y porque se fijan en sus territorios.

Finalmente, quiero hacer énfasis en que el derecho al medio ambiente sano es un derecho realmente humano que incorpora elementos como la salud. La pregunta conceptualmente relevante es si los no humanos, como por ejemplo, la tierra, los ríos o los páramos, tienen también derechos, y eso sí esto es un revolcón violento a nuestra construcción cultural del derecho occidental contemporáneo, porque estaba construido sobre una pareja binaria conformada por el sujeto, que somos personas naturales y jurídicas y el objeto que es el mundo exterior a nosotros, el cual, paradójicamente, no está afuera sino en nuestro interior, no necesariamente por las concepciones muy importantes de nuestras comunidades indígenas, sino porque todos los días ponemos el mundo en nuestra boca, en lo que llamamos alimentación.

Este encuentro constitucional ya debería llamarse “por la tierra” y por el reconocimiento de los derechos al territorio. En el primer caso, ya lo dije, nos referimos al planeta Tierra durante el antropoceno, en esta época de cambio climático. Propondría, además, que estudiáramos más historia del derecho, saber cómo se ha trabajado el derecho ambiental, que tiene una historia larguísima de luchas y reivindicaciones en épocas anteriores sobre temas que hoy llamamos ambientales convencionalmente. A los abogados quiero llamarles la atención: lean a Montesquieu, quien tenía una teoría particular sobre el clima. Montesquieu consideraba que los pueblos del trópico no podrían construir un Estado nacional moderno porque estaban predeterminados por el clima tropical. Nemogá, en su ponencia, se refirió a la biodiversidad y yo quisiera terminar con lo siguiente: biodiversidad es el nombre actual que le damos a la naturaleza tropical.

Muchas gracias.





Panel VII

Participación y litigio
en temas ambientales*

* La Corte Constitucional y la organización del Encuentro Constitucional por la Tierra se permiten aclarar que las ponencias presentadas en el marco del eje temático sobre participación y litigio estratégico ambiental, corresponden a disertaciones académicas guiadas por los conferencistas del panel, que en nada comprometen la postura de esta Corporación o de sus Magistrados frente a los casos concretos que generan debate social o jurídico en otras jurisdicciones.

Violaciones de los derechos humanos

y acceso a la justicia para las víctimas de Chevron en Ecuador* **

*Pablo Fajardo****

Historia y efectos de las actividades de Chevron (antiguamente Texaco) en Ecuador

El 5 de febrero de 1964 la Junta Militar que gobernaba el Ecuador entregó en concesión una extensión territorial aproximada a un 1.500.000 de hectáreas al consorcio Texaco-Gulf en la Amazonía ecuatoriana. Aunque posteriormente la concesión fue reducida, el área finalmente intervenida por Texaco superó las 480.000 hectáreas (dentro de las provincias de Orellana y Sucumbíos),¹ frontera Sur de Colombia.

La empresa Texaco realizó trabajos de exploración y explotación petrolera en zonas selváticas que se encontraban habitadas por distintas comunidades indígenas ecuatorianas². Luego de la fase de exploración, que incluía el uso de explosivos y un sinnúmero de perforaciones rudimentarias, la compañía Texaco terminó perforando más de 350 pozos extractores. Durante las actividades de perforación de cada uno de estos pozos se produjeron una gran

* Esta declaración fue elaborada en colaboración con la Unión de Afectados por las Operaciones de la Petrolera Texaco (Chevron) en Ecuador (UDAPT).

** La organización del Encuentro recibió por parte de Chevron Petroleum Company Sucursal Colombia, un documento titulado "Réplica a la ponencia presentada por el señor Pablo Fajardo" que expone varias inconformidades respecto a la intervención de éste último. Dicho documento se recibió de forma posterior a la realización del evento y a la culminación del proceso editorial. En él se consignan fuertes cuestionamientos a la labor desplegada durante el proceso por el abogado Pablo Fajardo, pero por las razones anotadas y limitaciones de espacio, fue imposible reproducir.

*** Abogado, representante de la Unión de Afectados por las Operaciones de Texaco. Lidera la demanda contra Chevron Texaco por daños ambientales causados en Ecuador.

1 En el mismo contrato de concesión y en los sucesivos acuerdos que lo modificaban, se estableció que la empresa operadora, encargada de realizar toda la planificación técnica y el trabajo de campo era la empresa Texaco. Esta situación se mantuvo inmutable, dejando a Texaco como única y exclusiva empresa operadora de toda la Concesión durante toda la duración del consorcio, hasta junio de 1990.

2 En aquella época la zona se encontraba habitada por las nacionalidades Secoya, Siona Waorani, Cofán, Sansahuari y Tetete.



cantidad de desechos tóxicos, conocidos como lodos de perforación³. Debido a la alta toxicidad de estos desechos deben ser depositados en contenedores adecuados y tratados responsablemente. Texaco, lejos de eso, excavó cerca de 1.000 agujeros u hoyos en el suelo, a manera de simples fosas expuestas a cielo abierto y sin ningún tipo de recubrimiento que impida la filtración de lixiviados por sus paredes, ni protección que impida derrames. No sabemos si fueron peores los derrames de estos productos o las llamas emitidas cuando la petrolera los quemaba intencionalmente.

Más adelante, en la etapa de producción de cada pozo, estas mismas piscinas eran utilizadas para depositar las aguas de formación y otros residuos peligrosos de su industria extractiva. Estas fosas, cavadas en el suelo por la compañía Texaco, le significaron un significativo ahorro –en perjuicio de la protección del medio ambiente y de las poblaciones locales– al utilizarlas como “piscinas” en lugar de los tanques de acero que hubieran sido apropiados. Sin embargo, la irresponsabilidad de la compañía petrolera no termina ahí, pues a pesar de prohibiciones legales⁴ y contractuales,⁵ todo el contenido de estas “piscinas” era vertido a los ríos y esteros de la zona. Para asegurarse de esto Texaco instaló en cada piscina un rudimentario sistema de drenaje denominado “cuello de ganso”, que era utilizado sistemáticamente para conducir el contenido de las fosas en dirección del río más cercano. Aunque Texaco conocía los efectos nocivos de sus actividades,⁶ y disponía de técnicas y tecnología que hubiera evitado, o al menos disminuido considerablemente los daños ocasionados

3 Los lodos de perforación son una mezcla de distintos productos químicos utilizada para lubricar la broca de los taladros que se utilizan para perforar los pozos. Esta mezcla es hecha en base a varios metales pesados y otros productos tóxicos o cancerígenos, como el Cromo VI.

4 Por ejemplo, el artículo 12 del Código de Salud, vigente desde 1971, disponía que: “Ninguna persona podrá eliminar hacia el aire, el suelo, o las aguas, los residuos sólidos, líquidos o gaseosos, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud”. Véase también el artículo 22 de la Ley de Aguas, vigente desde 1972, que estableció: “Prohíbese toda contaminación de las aguas que afecte la salud humana o al desarrollo de la flora y fauna”.

5 Por cláusula contractual Trigésima Segunda se mandaba a la operadora, Texaco, a explotar “la concesión empleando maquinaria adecuadas y eficientes para el objeto”. Del mismo modo, en la cláusula Décima un derecho de aprovechamiento condicionado a la Concesionaria, para utilizar las aguas en sus operaciones: “La Concesionaria tiene derecho para los efectos de este contrato, de usar los terrenos que se encuentren en las áreas materia de las cláusulas primera y segunda, así como de las aguas maderas y otros materiales de construcción que allí estuvieren para destinarlos a la exploración, explotación y desenvolvimiento de su concesión, sin privar a los pueblos del caudal de aguas que les fuere indispensable para sus menesteres domésticos y regadíos, ni dificultar en lo mínimo la navegación, ni quitar a las aguas sus cualidades de potabilidad y pureza, ni obstar la pesca”.

6 En 1962 T. Brink, técnico de Texaco Inc., escribió acerca de los riesgos del agua de formación en un libro titulado *Principles of Oil and Gas Industry*, publicado por el American Petroleum Institute. En este libro se advierte sobre los peligros de verter el agua de formación sobre fuentes de agua para consumo humano, tal cual como lo hizo Texaco en Ecuador.

por el vertimiento de estos contaminantes al ambiente,⁷ estas nunca fueron implementadas mientras trabajó en el Ecuador⁸.

Si bien se trata de un área que antes se caracterizaba por tener la más alta biodiversidad y abundantes recursos para sus habitantes, hoy en día estos recursos han desaparecido o se encuentran corrompidos con hidrocarburos debido a la contaminación del agua y el suelo, amenazando el derecho a la alimentación⁹ y a la salud de sus habitantes¹⁰.

Varios pueblos, que vivían en la zona desde tiempos inmemoriales, desaparecieron o fueron desplazados. El pueblo Cofán fue reducido de 5.000 habitantes a menos de 800, que fueron desplazados de sus tierras, mientras que el pueblo Tetete fue exterminado por completo.

Si observamos los resultados de los análisis de laboratorio¹¹ realizados por los propios expertos de Chevron en el área operada por Texaco encontraremos altos resultados de TPH en los suelos, lo cual demuestra la presencia generalizada de hidrocarburos. También se observan otros elementos cancerígenos, como el benceno, tolueno, HAP y metales pesados y/o agentes anticorrosivos como Cromo VI, o mercurio.¹² Ha quedado establecido, sin lugar a dudas, que la presencia de estos elementos en las zonas operadas por Chevron tiene su origen en las actividades de explotación petrolera realizadas por esta empresa.

7 Ya en 1974, la compañía Texaco se encontraba mejorando varias patentes para equipos de reinyección, que en caso de haber sido utilizadas en Ecuador hubieran evitado el vertimiento de 16.000 millones de galones de agua de formación en los ríos de la Amazonia ecuatoriana.

8 Los primeros equipos de reinyección llegaron al Ecuador recién en 1998, mucho tiempo después de que Texaco abandonó el país. Antes de esto, el sistema diseñado y empleado por Texaco causaba que toda el agua de formación fuera vertida en los ríos.

9 El derecho a la alimentación y el modo de vida de los afectados fue dramáticamente impactado por las actividades de responsabilidad de Chevron. La gente que se alimentaba de lo que la selva les proveía, mediante la recolección, caza y pesca, se vio de repente desprovisto de su fuente de alimentación, que escapaba despavorida por los ruidos y la contaminación.

10 El derecho humano a la salud puede ser vulnerado por los daños ambientales. En este caso se nota un aumento en la incidencia de cáncer debido a la exposición al petróleo y a otros elementos contaminantes utilizados para su explotación. Existen numerosos estudios que demuestran una relación de causa-efecto entre la exposición al petróleo y el aumento de cáncer. Esto concuerda con el testimonio de docenas de personas que coinciden en narrar sus padecimientos a causa de la contaminación.

11 De acuerdo con la legislación ecuatoriana, artículo 245 del Código de Procedimiento Civil: “El juez, en el acto de la diligencia, podrá ordenar que se levanten planos, y se hagan reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de cualquier otra índole, si dispone de medios para ello”. En el juicio contra Chevron se realizaron más de 60 diligencias probatorias en las que los peritos reportaron más de 80.000 resultados producto de análisis de agua y suelo contaminado.

12 Se trata de elementos reconocidos como cancerígenos por distintas agencias de salud gubernamentales e internacionales, como la Agencia para Sustancias Tóxicas y Registro de Enfermedades de EE. UU., la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, la Organización Mundial de la Salud, etc. Estos elementos son los mismos que fueron utilizados en la mezcla de los lodos de perforación.



En cuanto a la contaminación del agua superficial, tenemos la confesión del representante legal de la empresa Texaco, quien reconoció mediante carta pública¹³ haber vertido más de 16.000 millones de galones de agua de formación en los ríos de la Amazonía; pero además las poblaciones sufrieron la contaminación de las fuentes de agua subterránea, lo cual se confirma al oler o, si se atreve, beber el agua que sacan de sus pozos –además de la presencia demostrada de TPH y otros elementos como Cromo VI y, en general, elementos de hidrocarburos provenientes de filtraciones por falta de recubrimiento en las fosas en las que Texaco depositó y posteriormente enterró los lodos de perforación y otros contaminantes tóxicos. Todos estos venenos están presentes en el ambiente hasta el día de hoy, causando a las poblaciones locales afecciones dérmicas, infecciones vaginales, intestinales y otros problemas en el sistema respiratorio, en el sistema reproductivo, circulatorio, y múltiples tipos de cáncer (garganta, estómago, riñones, piel, cerebro) que han llevado a la muerte a muchos de ellos¹⁴.

En veintiséis años de explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, Chevron contaminó más de 450.000 hectáreas de una de las zonas del planeta más ricas en biodiversidad, destruyendo las condiciones de vida y de subsistencia de sus habitantes, causando la muerte de centenares de personas y un incremento súbito de las tasas de cáncer y otros graves problemas de salud. Se calcula que más de 16.000 millones de galones de aguas tóxicas se vertieron en los ríos, se abrieron 880 fosas de desechos de hidrocarburos, y se quemaron libremente más de 235.000 millones de pies cúbicos de gas natural.

Intentos (y obstáculos) para lograr justicia contra Chevron

El litigio contra la compañía Texaco se planteó inicialmente en la ciudad de New York, que en ese tiempo era la sede global de Texaco Inc., el día 3 de noviembre de 1993, apenas un año después de que Texaco abandonó el país. Alrededor de 30.000 ecuatorianos, indígenas y colonos, directa o indirectamente afectados por la actividad de Texaco en sus territorios presentaron un reclamo judicial. Los demandantes esperaban que los tribunales estadounidenses aceptaran el caso y les permitan tener su día en la Corte.

13 Carta abierta de Rodrigo Pérez Pallares, representante de Texaco Petroleum Company, al director de Vistazo, de fecha 5 de marzo de 2007, publicada en diario El Comercio el 16 de marzo de 2007, en la página 6 del cuaderno 1.

14 Los efectos en la salud de los pobladores amazónicos expuestos a contaminación por hidrocarburos han sido documentados en el informe Yana Curí, que comparó la salud de poblaciones cercanías de pozos y estaciones de producción con la salud de personas que no estaban expuestas a las mismas condiciones; del mismo modo, el estudio “Cáncer en la Amazonía ecuatoriana”, también presenta una comparación entre poblaciones expuestas y las que no lo son. Estos estudios demuestran tasas de cáncer mucho más elevadas que en otras regiones del Ecuador donde no existió actividad extractiva de hidrocarburos. Los estudios realizados por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos fueron considerados de forma limitada debido al sesgo de falta de datos ocasionado por la ausencia del Estado en dichas zonas.

Chevron, en ese entonces Texaco, por nueve años consecutivo alegó en Nueva York el *forum non conveniens*, después de nueve años de litigar, sin haber discutido siquiera acerca de la contaminación. En 2002, los tribunales de los Estados Unidos resolvieron finalmente rechazar la demanda presentada por los pobladores ecuatorianos y aceptaron el argumento por *forum non conveniens*, propuesto por Texaco, pues según la justicia norteamericana Ecuador era el foro más adecuado para este caso. Supuestamente los jueces de EE. UU. garantizaron el derecho de las víctimas a un juicio al imponerle a Chevron¹⁵ (que ya se había fusionado con Texaco)¹⁶ la obligación de someterse a la justicia ecuatoriana y cumplir con cualquier sentencia en su contra. Aunque para librarse del juicio en EE. UU. Chevron estuvo de acuerdo y se comprometió¹⁷ a acatar la sentencia de Ecuador, las víctimas pronto se dieron cuenta de que esta no era ninguna garantía.

De este modo, siguiendo su búsqueda de justicia, y por orden de la Corte de Estados Unidos, el 7 de mayo del 2003, los afectados por las operaciones de Chevron regresaron y la demandaron en Ecuador. La demanda alegó que la compañía Chevron provocó daños al medio ambiente por la utilización de tecnología y prácticas obsoletas y contaminantes, en violación de la ley ecuatoriana, que demandaba específicamente evitar los daños al ecosistema y la utilización de “tecnología moderna y eficiente”.

Pese a lo ordenado por la justicia norteamericana, desde la contestación a la demanda la compañía Chevron alegó la falta de jurisdicción de los jueces ecuatorianos, bajo el argumento de que Chevron nunca había operado en Ecuador, y que Chevron no era la empresa sucesora de Texaco porque no había ninguna fusión.

Durante los primeros años del juicio en Ecuador los demandantes sufrieron persecución por parte de las Fuerzas Armadas del país, que mantenían

15 En 1999, se inició el proceso de fusión entre Chevron Corporation y Texaco INC. El 9 de octubre del 2001, se consumó la fusión entre las dos corporaciones. Desde allí en adelante la nueva Corporación adoptó el nombre de Chevron-Texaco Corporation; luego en 2005, se elimina el nombre Texaco y únicamente queda como Chevron Corporation.

16 Cita original en inglés: “Chevron Corporation claims, without citation to relevant case law, that it is not bound by the promises made by its predecessors in interest Texaco and ChevronTexaco, Inc. However, in seeking affirmance of the district court’s forum non conveniens dismissal, lawyers from ChevronTexaco appeared in this Court and reaffirmed the concessions that Texaco had made in order to secure dismissal of Plaintiffs’ complaint. In so doing, ChevronTexaco bound itself to those concessions. In 2005, ChevronTexaco dropped the name “Texaco” and reverted to its original name, Chevron Corporation. There is no indication in the record before us that shortening its name had any effect on ChevronTexaco’s legal obligations. Chevron Corporation therefore remains accountable for the promises upon which we and the district court relied in dismissing Plaintiffs’ action”. Ver: Republic of Ecuador v. Chevron Corp., 638 F.3d 384, 390 n.3 & n.4 (2d Cir. 2011).

17 *Ibid.*



contratos de inteligencia y seguridad con Chevron,¹⁸ y que sirvieron inclusive para falsificar un informe de inteligencia militar y lograr la suspensión de una diligencia judicial. Chevron también elaboró un plan maestro, denominado “playbook”¹⁹, diseñado para que los expertos encontraran solamente muestras limpias. Para asegurarse de que el plan funcionara, también creó empresas a cargo de terceras personas para dar la imagen de imparcialidad en el manejo de las muestras de laboratorio. Sin embargo, los resultados todavía demostraban la presencia de contaminación, por lo que Chevron inducía a sus expertos para que compararan la contaminación encontrada con límites de permisibilidad cien veces más elevados que los de EE. UU. De este modo, los científicos contratados por Chevron fueron capaces de llegar a la conclusión de que no existían riesgos para la salud, a pesar de la presencia de contaminación. Esto explica la diferencia de criterios entre los peritos de los demandantes y los de Chevron. Afortunadamente los jueces ecuatorianos, amparados en ley, desestimaron estas “conclusiones” de los peritos y evaluaron los resultados de las muestras por sí mismos²⁰.

El 14 de febrero de 2011 la Corte de Sucumbíos emitió una sentencia contra Chevron, condenándola a pagar cerca de 9.000 millones de dólares en medidas de reparación a los suelos y el agua contaminada, para un programa de salud capaz de atender a las víctimas de cáncer, para recuperar la flora y fauna, y recuperar la cultura perdida. Adicionalmente, se condenó a Chevron a pagar daños punitivos, que fueron otorgados a manera de sanción, por considerar la magnitud de los daños y la mala fe que demostraron los abogados de Chevron durante todo el juicio. Esta sentencia fue ratificada en apelación, el 3 de enero de 2012, y posteriormente fue sometida al examen de la Corte Nacional del Ecuador, máximo organismo de la administración de justicia ecuatoriana, misma que el 12 de noviembre de 2013 confirmó la legalidad de la sentencia y

18 Los contratos no están disponibles al público, pero es de conocimiento público que: “El Presidente de la República, Rafael Correa, denunció los alcances de un contrato firmado hace una década por una empresa de las Fuerzas Armadas para brindar servicios de seguridad e inteligencia a la transnacional petrolera Chevron, sentenciada por contaminar un área de la selva amazónica del país suramericano”. Ver: <http://www.andes.info.ec/es/actualidad/presidente-correa-denuncia-contrato-empresa-militar-ecuatoriana-brinda-servicios>.

19 Estos documentos no estuvieron disponibles para las víctimas durante el juicio contra Chevron. Fueron obtenidos por la República de Ecuador en el marco de procesos de Discovery. Actualmente los documentos están disponibles en: <http://www.iguanamixer.com/2014/05/chevrons-expert-inspection/>.

20 El artículo 249 del Código de Procedimiento Civil ante esta posibilidad otorga al juez la facultad de no apreciar el dictamen del perito o peritos, cuando estos son contrarios a lo que él mismo percibió por sus sentidos en el reconocimiento. En el caso el juez dispuso: “La función misma del perito, como auxiliar del juzgador, y del dictamen pericial, como su pronunciamiento en el expediente, es la de brindar mayores elementos de juicio para ayudar a que la resolución considere apropiadamente las ciencias o artes que desconozca, de ahí que aunque pueden ser de ayuda al momento de emitir un fallo, el juez no está obligado a atenerse a su dictamen en contra de su propio criterio, es decir, lo que dice o deja de decir un perito no ata de manos al juez, que está facultado apreciar estas evidencias de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Ver página 37 de la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos, de 14 de febrero de 2011, en el Juicio No. 002-2003.

también ratificó todos los hallazgos de las instancias inferiores en relación con los daños ambientales, pero dejó sin efecto la condena por daños punitivos²¹.

Así, luego de 20 años de complejos procesos judiciales, los demandantes han superado innumerables obstáculos y finalmente lograron prevalecer ante la justicia, pero no lograron la reparación del daño causado. A pesar de haber sido vencida ante los tribunales competentes que la compañía escogió, Chevron se niega a reconocer la sentencia en su contra, y aunque cuenta con amplísimos recursos económicos, en lugar de utilizarlos para cumplir con su obligación, ha decidido emprender una campaña internacional de difamación y ataques contra los demandantes, sus abogados, representantes y cualquier persona que colabore con esta causa e incluso en contra del Estado ecuatoriano.

Los abogados de las víctimas enfrentan juicios por extorsión en EE. UU., acciones por fraude en Argentina, acciones penales preparadas en Colombia y acusaciones mediáticas (no judiciales) contra los abogados en Ecuador. Este ataque tiene como finalidad amedrentarlos y privar las víctimas de su derecho a un abogado. Del mismo modo, Chevron emprendió un ataque sistemático contra todas las fuentes de ingresos de las víctimas, en un intento por verlas sin posibilidad alguna de luchar. También Chevron ha contratado y pagado US\$15.000.000 a una empresa llamada KROLL²² para vigilar las actividades de cada uno de los colaboradores de las víctimas o de cualquier persona interesada. Por si fuera poco, Chevron ha pagado más de US\$300.000 a un juez ecuatoriano²³ destituido por corrupción,²⁴ a cambio de su testimonio para condenar las

21 En la Sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia el 13 de noviembre de 2013, en el juicio 174-2012, se considera que: "(...) es ineludible en nuestro sistema jurídico ir planteándose hasta dónde la afectación de la ecología y el medio ambiente ocasionada por el hombre debe ser la medida para la indemnización del daño, únicamente o para casos reprochables de catástrofe de la naturaleza y el medio ambiente la utilización de un mecanismo disuasivo que afecte al motivo de la conducta dañosa". Sin embargo, la misma Corte resuelve: "(...) En cuanto a los daños punitivos no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico nacional, no procede las disculpas públicas y por consiguiente la condena al pago por este concepto. En lo demás se estará a lo ordenado en la sentencia del Tribunal *Ad Quem*, dictada el 3 de enero de 2012, que reforma la de primera instancia dictada por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, en la cual ordena el pago de los rubros que se cuantifican en el considerando Décimo Tercero de la sentencia de primer nivel (...)".

22 Declaración juramentada rendida el 10 de junio de 2013 por el señor Daniel Karson, en representación de Kroll Inc., en declaración jurada dentro del juicio Chevron Corp. v. Steven Donziger, et ál., 1:11-cv-00691-LAK-JCF.

23 Declaración juramentada rendida el día 17 de noviembre del 2012 ante notario público en la ciudad de Chicago, Estados Unidos por Alberto Guerra Bastidas.

24 La Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, mediante resolución del 29 de mayo de 2008, a las 11:30 p. m., resuelve destituir a Guerra Bastidas por considerar "que el Juez sumariado, ha incurrido en falta disciplinaria grave, al haber vertido su opinión sobre un proceso que aún no ha sido resuelto y que ya había sido conocido por él cuando ostentaba la calidad de Presidente de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, y que además forzosamente le correspondería volver a conocer" y "que dichas actuaciones afectan a la imagen de la Función Judicial y la seguridad jurídica de los usuarios de los servicios de justicia". Y el juicio al que el Juez destituido se refería era exactamente el que mantenemos en contra de Chevron Corporation.



víctimas en EE. UU.²⁵ Así, las cortes norteamericanas que no quisieron asumir competencia para escuchar el reclamo de las víctimas ecuatorianas de Chevron y darles acceso a la justicia, han preferido perseguirlas como si se tratara de criminales que intentan extorsionar fondos de una compañía inocente. Si a esto sumamos los intentos de sobornos a los anteriores gobiernos del Ecuador, y la tenaz campaña política y mediática que ha lanzado contra el gobierno del presidente Correa, mediante demandas arbitrales,²⁶ lobby internacional²⁷ y el desprestigio de su sistema judicial, tenemos desplegadas las alas del gigante que, luego de envenenar las tierras de las poblaciones locales, quiere también pisotear a sus víctimas que se atrevieron a reclamar.

Por su lado, las víctimas, siguiendo el largo camino de juicios que Chevron les obliga a caminar, se han visto forzadas a iniciar procesos judiciales para el cobro de la sentencia en otros países, en donde encuentran diversas dificultades, empezando por los honorarios de los abogados, problemas de jurisdicción para el reconocimiento de sentencia extranjera, o inclusive cuestiones de incidencia política²⁸.

Después de veintiún años de litigio continúa la impunidad para Chevron y las víctimas de sus actividades en Ecuador siguen esperando justicia y reparación.

Retos actuales

Pese a que las víctimas lograron ganar el litigio, en Corte que Chevron escogió, hasta este día las dichas víctimas no logran ejecutar la sentencia. La empresa Chevron Corporation, durante los veinte años que duró el proceso, enajenó o

25 El caso contra las víctimas se sigue bajo la “Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act”. El juez de New York, Lewis Kaplan, falló a favor de Chevron y prohibió a los demandantes ejecutar su sentencia en los EE. UU. Para conocer una breve descripción de la mala fe de Chevron en este juicio ver el Doc. No. 1850, p. 11-20 del juicio RICO. Ver también: <http://www.earthrights.org/es/blog/una-verdad-innecesaria-reflexiones-sobre-lo-que-nunca-se-conto-en-el-caso-rico>.

26 Chevron demandó al Gobierno de Ecuador ante un Tribunal de arbitraje, alegando que el juicio ambiental que entablaron los ciudadanos es un incumplimiento del BIT entre Ecuador y EE. UU. A pesar de que los demandantes amazónicos no forman parte de este arbitraje (no somos notificados ni escuchados en ninguna etapa del procedimiento), el tribunal de árbitros ordenó al Ecuador en dos ocasiones tomar todas las medidas necesarias para evitar la ejecución de la sentencia contra Chevron.

27 Chevron ha malgastado millones de dólares en una campaña de lobby para desprestigiar la imagen del Ecuador, dañar a sus funcionarios, desprestigiar sus Cortes, eliminar preferencias arancelarias, obtener sanciones internacionales, etc., en un intento por presionar al Gobierno para que detenga el proceso judicial que llevan adelante los ciudadanos.

28 En Argentina en particular fue clarísimo que los condicionamientos que puso Chevron para llevar inversión a Vaca Muerta, lograron cambiar la postura del Poder Ejecutivo para favorecer el levantamiento del embargo legalmente decretado contra los bienes de Chevron en ese país. En consecuencia, la Corte Suprema de Argentina dio la justificación, siguiendo lo dictaminado por la Procuradora del Estado, que Chevron de Argentina no debe responder a las obligaciones de su matriz, Chevron Corporation, porque no fue demandada en Ecuador. Quedó así asentado un precedente funesto para cualquier caso de reclamos a empresas que esconden sus activos bajo un esquema de subsidiarias, ya que según esta Corte, sería necesario demandar a todas las subsidiarias para poder atacar los activos de la matriz.

sacó todos los bienes que tenía dentro del Ecuador, por lo que actualmente las víctimas de la operación de Chevron tienen un fallo a su favor, pero no lo pueden ejecutar dentro de Ecuador. Estamos obligados a realizar las acciones de exequátur o reconocimiento de sentencias fuera del Ecuador, básicamente en los países donde existen activos de Chevron.

Sin embargo, Chevron, en su defensa, lo que hace es ocultarse tras la figura del velo societario, detrás de toda la arquitectura de las empresas *holding*, alega que los jueces de los países no tienen jurisdicción ni competencia para tramitar las acciones de exequátur.

En conclusión, nos damos cuenta que el juicio contra Chevron, actualmente no es únicamente contra Chevron, es contra todo el sistema de impunidad corporativa existente en el mundo. Esta razón, junto al hecho de existir la condena más alta en un litigio civil, y al precedente que se está sentando, lo han convertido en el litigio más importante de la humanidad hasta este momento.

Aproximación teórica y práctica al litigio estratégico y a la participación ambiental en Colombia*

Beatriz Londoño Toro**

1. Aspectos centrales del litigio estratégico en materia ambiental

La exploración inicial que queremos hacer debe orientarse a precisar dos conceptos: qué entendemos por litigio estratégico y qué elementos integran este concepto.¹

Gráfico 1. Elementos del litigio estratégico



Fuente: Puga, Mariela, 2013, pp. 15 y 16. Elaboración propia.

* Esta ponencia contó con la contribución académica de los doctores Lina Marcela Muñoz y Sebastián Senior, profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario e integrantes del Grupo de Investigación en Derechos Humanos.

** Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesora Titular y Directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

¹ Proponemos examinar los aportes de los autores latinoamericanos que le han dado un sello propio y acorde con nuestras realidades sociales. Entre ellos destacamos los trabajos de: Raquel Yrigoyen Fajardo, *El litigio estratégico en derechos humanos* (Guatemala, 2007); Víctor Abramovich, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política" (Revista Estudios Socio-jurídicos Vol. 9, abril de 2007); Lucas Correa, "Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho", *Opinión Jurídica*, No. 7, 2008; Marta Villarreal, "El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público", en: *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, México D. F., 2007.



El cuadro con el que damos inicio a esta ponencia se deriva del trabajo doctoral de la profesora Mariela Puga en Argentina (2013), en el cual se hace referencia a siete elementos centrales del litigio estratégico. El primero de ellos es una causa que realmente se identifique con el concepto, es decir, casos de graves vulneraciones a derechos humanos y en nuestro tema de estudio, grandes violaciones o amenazas a los derechos ambientales. El carácter colectivo del caso se presenta en ocasiones por la multitud de afectados, muchos de los cuales no intervienen en el proceso; en ocasiones también se estructuran los denominados casos testigo donde a partir de uno o pocos casos individuales se evidencia la grave situación de vulneración y su generalización. Estos casos se han utilizado mucho en Argentina y algunos en Colombia y logran pronunciamientos que trascienden la mirada exclusiva de los derechos del afectado individual.

Otro de los elementos que se relaciona con el litigio estratégico es el referido a quienes vulneran los derechos. En el caso colombiano hemos evidenciado que en la mayor parte de los casos se ve al Estado como el principal vulnerador por acción o por omisión.

De igual forma, es muy importante el examen del contenido, los valores o principios que se busca proteger. La noción que más se utiliza es la de litigio de interés público, para evidenciar su impacto y trascendencia no solo en el ordenamiento jurídico, sino en la realidad social y en el caso que nos ocupa, la incidencia en la protección del ambiente.

Finalmente, hace referencia a dos elementos centrales del litigio estratégico: las pretensiones que constituyen en muchos casos el aporte central para el avance del derecho y la garantía efectiva. Sin embargo, en muchos casos a pesar de la debilidad de las pretensiones o la carencia de innovación colectiva de los accionantes, la fibra del litigio estructural la aportan los jueces y esto es muy visible en la jurisprudencia ambiental de la Corte Constitucional colombiana². La profesora Puga se refiere como el elemento clave a una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada, es decir, una sentencia que no simplemente sirva para ser comunicada, sino para ser aplicada y que muestre el camino real del cumplimiento.

En relación con la tipología de conceptos de litigio estratégico encontramos que muchos de ellos se concentran en la defensa judicial de los derechos humanos y el interés público, otros hacen referencia a los resultados de este litigio y muy especialmente al alto impacto. Existen también conceptos basados en los tipos de derechos que protegen o en el momento de la intervención y de esta forma se habla de litigio preventivo o litigio correctivo. Analicemos las siguientes definiciones:

2 Ver: T-411/1992, T-415/1992, T-428/1992, T-528/1992, T-251/1993, T-028/1994, SU-442 de 1997, T-046/1999, T-271 de 2010, T-154 de 2013, entre otras sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Gráfico 2. Algunas definiciones de litigio estratégico

El litigio estratégico en Derechos Humanos es parte del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales o internacionales (Yrigoyen p. 5)

“Es un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sustanciales” Lucas Correa”

El litigio de impacto promueve el imperio del derecho, provee las bases para futuros casos, facilita la documentación de violaciones de Derechos Humanos, promueve la rendición de cuentas por parte del Gobierno y contribuye a la educación y conciencia social (WCL, 2007)

“Es la herramienta de pericia de los abogados con la cual contribuyen al desarrollo del derecho de interés público, es aquel que se realiza con el claro objetivo de contribuir al cambio social” Martha Villarreal”

En todos los aportes hay un eje de la discusión que se relaciona con los efectos o la intencionalidad de este litigio y su incidencia en las políticas públicas, en cambios legislativos que se promueven fundamentalmente desde la sociedad civil.

En este tipo de litigio hay planeación rigurosa (objetivos, análisis de fortalezas y debilidades, etc.) se parte de la identificación de problemas y derechos humanos que se vulneran en uno o en varios casos, de igual forma se identifica el contexto de dicha situación de vulneración y los actores que intervienen en el caso. Forma parte de procesos sociales para lograr la implementación de derechos y, lo que es más importante, para el fortalecimiento de los sujetos, con miras a contribuir en la construcción de un Estado social de derecho democrático y pluralista.

Diversos autores latinoamericanos han enriquecido este concepto y llamamos la atención especialmente en relación con los aportes de los líderes de las organizaciones y las clínicas jurídicas, como Diego Morales, quien afirma que se acude a este tipo de litigio para:

- i) Develar y exponer patrones de conducta ilegales y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos, ii) Promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva solo se activa a partir de los reclamos de los grupos; iii) Controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales, sea porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan derechos humanos; iv) Incluir en la agenda del poder judicial temas ausentes y exigirle a este que abra arenas de discusión para nuevos temas relacionados con los derechos humanos. (Morales, 2014).



Un aspecto muy interesante de este litigio son sus estrategias, que en la sistematización que realiza Yrigoyen (2007) se concentran en análisis y definiciones jurídicas sobre las vías más apropiadas para la garantía de los derechos, combinadas con estrategias de fortalecimiento de los sujetos individuales y colectivos en su autoestima y capacidad de defender sus derechos. De igual forma, se busca el acompañamiento de aliados sociales e incluso fuerzas políticas que respalden la causa en defensa de los derechos que se busca proteger. Todo el entorno del litigio estratégico se complementa con un trabajo con los medios de comunicación:

Gráfico 3. Estrategias de litigio



Fuente: Yrigoyen, Raquel (2007).

En un trabajo que realizamos en 2009 y que se encuentra publicado en la *Revista Universitas* de la Javeriana, examinamos el concepto de litigio estratégico en asuntos ambientales y evidenciamos entre sus características destacadas el enfoque desde el principio ético de la solidaridad, orientado a proteger derechos fundamentales y colectivos, así como el interés general. Este litigio se ha fortalecido en Latinoamérica y en nuestro país en tres aspectos centrales: i) evaluación de impactos ambientales y participación pública; ii) derechos humanos y ambiente; y iii) protección de recursos naturales, biodiversidad y ecosistemas (Coral y otros, 2009).

El protagonismo de este litigio se inicia en los años setenta, pero se fortalece en la década actual frente a problemas concretos como el cambio climático, la inminencia de los desastres naturales y la realidad que enfrentan todos los Estados en relación con la disminución de los recursos naturales vs. los modelos de desarrollo que se promueven.

2. La participación de la comunidad en materia ambiental: posibilidades para el litigio estratégico en Colombia

Como lo señala Lora (2008), las comunidades han abierto espacios de participación directa en todos los niveles de administración del Estado y paulatinamente han empezado a incidir en ellos. Como consecuencia de esta presión, los Estados han creado respuestas en sus sistemas jurídicos, posibilitando herramientas y escenarios que permitan la participación.

En Colombia, con la Constitución de 1991 se han abierto escenarios para materializar la democracia participativa, pero son muchas las paradojas en este sistema.

A continuación referenciaremos algunas fortalezas de la participación ambiental y el litigio estratégico en Colombia e intentaremos mostrar su dinámica mediante dos casos liderados por nuestra Clínica Jurídica:

1. Los mecanismos de participación permiten ejercer las estrategias sociales y jurídicas de litigio ambiental. Esta es una gran fortaleza del sistema abierto que tiene Colombia. Desde la perspectiva internacional a partir de las conferencias sobre Derechos Humanos se abordó la participación de forma general como un derecho y como un elemento fundamental para el desarrollo integral de las sociedades.

El principal concepto en esta evolución internacional se refiere a los denominados derechos de acceso derivados del principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro. De esta forma, se considera que debe garantizarse el acceso al derecho a la información y el acceso a la justicia ambiental (Muñoz, 2009). En Latinoamérica no existe hasta la fecha un acuerdo regional que se refiera a los derechos de acceso, aunque se está impulsando desde diferentes niveles. En Colombia, a partir de la Constitución de 1991 se estableció la participación como un principio ligado a la actividad administrativa, además es un fin vinculado directamente al carácter pluralista del Estado y es un derecho y un deber de las y los colombianos.

El siguiente gráfico evidencia el amplio marco de herramientas de participación interna en Colombia.



Gráfico 4. Herramientas de participación ambiental en Colombia

Administrativos	Judiciales	Políticos	Sociales
Participación ciudadana en los órganos de entidades públicas	Acción de Tutela	Iniciativa popular legislativa	Mesas de trabajo
Audiencias Públicas ambientales	Acción Popular	Referendo	Comités de seguimiento
Veedurías ciudadanas	Acción de Grupo	Revocatoria del mandato	Creación de alianzas, asociaciones o redes
Intervención en procedimientos administrativos ambientales	Acción de Cumplimiento	Plebiscito	Proyectos sociales o comunitarios
Participación en procesos de planificación ambiental	Acción de Nulidad	Consulta Popular	Movilizaciones sociales
		Juntas de Acción Comunal	Eventos sociales o comunitarios
Derecho de petición	Acción de Inconstitucionalidad	Cabildo Abierto	Redes sociales (Facebook, Twitter, etc.)
Participación ciudadana en los órganos de entidades públicas			
Consulta previa			

Fuente: Adaptación de Lora, Muñoz y Rodríguez (2008) elaborada por Lina Muñoz.

2. La participación y el litigio estratégico ambiental son escenarios novedosos y fundamentales de diálogo y de construcción de agendas interinstitucionales tanto para las autoridades públicas como para las organizaciones de la sociedad civil, el sector privado y además para garantizar el cumplimiento de las normas en Colombia y velar por la protección de los derechos humanos. Ese rol debe materializarse con acciones de litigio o de participación efectivas que vayan encaminadas a prevenir y tratar los conflictos (Güiza, 2014).
3. La creatividad e innovación aplicadas a los escenarios de participación, se evidencian en los niveles nacional e internacional con nuevas dinámicas de intervención en las problemáticas socioambientales que tienen características propias dependiendo de la realidad de cada país. Estas dinámicas han sido de gran utilidad tanto para la participación como para el litigio estratégico en asuntos ambientales. Entre ellas podemos mencionar ejemplos como: i) el lobby para la creación y reforma de normas y políticas públicas; ii) el control de constitucionalidad y la interposición de amicus curiae, iii) la injerencia de las organizaciones ambientales

en las conferencias de las partes de los tratados internacionales, iv) la participación en redes sociales que buscan aliados y divulgan los avances y dificultades en los casos de litigio ambiental, entre otros.

4. El ejercicio de la participación y el litigio ambiental coinciden en su búsqueda de protección de derechos de los grupos humanos menos favorecidos, en la movilización y reconocimiento de derechos, así como la incidencia en la toma de decisiones y la generación de cambios positivos en la estructura social (Coral y otros, 2009).
5. La valentía del ejercicio de litigio estratégico en materia ambiental. En nuestro país la complejidad de los conflictos ambientales es muy alta. Según los más recientes informes, la mayoría de estas disputas se refiere al uso y control de los recursos naturales y la protección de los ecosistemas considerados estratégicos. Otra situación que debe tenerse en cuenta en el país es la presencia de actores armados ilegales y el narcotráfico (Muñoz et ál., 2014).
6. A pesar de estas condiciones tan adversas el ejercicio de la participación y del litigio estratégico ambiental es muy alto, el compromiso de las organizaciones y de las comunidades es significativo y en ocasiones tiene el acompañamiento de organismos estatales como la Defensoría del Pueblo, las Personerías Municipales y la Procuraduría. De igual forma, mediante las redes sociales y la globalización de la tarea de defender el ambiente sano se cuenta con apoyos nacionales e internacionales de gran utilidad.

3. Dos estudios de caso para evidenciar la hipótesis (Londoño y Torres, 2014)

El siguiente acápite tiene como fin mostrar el tema del litigio estratégico y la participación en acción. Por ello seleccionamos dos casos reales derivados del trabajo de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad del Rosario: el Grupo de Acciones Públicas (GAP).

- 1) De los Hidrocarburos a la Biosfera del *Seaflower*.
 - a) Hechos:

En el 2010, la Agencia Nacional de Hidrocarburos adjudicó una serie de contratos de Exploración Sísmica para la búsqueda de hidrocarburos dentro de la Reserva de Biosfera *Seaflower* y su Área Marítima Protegida, desconociendo de esta forma los esfuerzos de conservación que en materia ambiental se adelantaban en el país y la región. Estos bloques corresponden a los denominados Cayos 1 y Cayos 5, los cuales fueron adjudicados a la petrolera Repsol Exploration Colombia S.A. en consorcio con YPF S.A. y Ecopetrol S.A.

El contrato, que involucraba a Cayos 1 estaba dirigido al desarrollo de actividades de exploración de hidrocarburos, mientras que el segundo, respecto a cayo 5,



otorgaba no solamente la actividad de exploración, sino además la explotación de hidrocarburos en el área adjudicada.

El GAP, al considerar que dentro de su agenda temática estaba la defensa de los derechos humanos y la existencia de un alto interés por fortalecer y afianzar acciones en una región donde se ha actuado en procesos de alto impacto en forma constante, así como una oportunidad investigar y estructurar documentos académicos alrededor de situaciones materia de Derecho Internacional y Medio Ambiente, decidió asesorar a la comunidad y actuar en favor de este proceso.

b) Aliados estratégicos:

El trabajo permitió identificar algunas características del litigio estratégico que fueron de gran importancia a la hora de obtener resultados exitosos. La primera de ellas fue que para el desarrollo del proceso se adelantó un trabajo conjunto con la fundación Old Providenz y con Coralina, Corporación Autónoma Regional de San Andrés y Providencia, lo que significó un ejercicio académico y jurídico poco común. Esto por cuanto, además de que se lograron identificar aliados estratégicos en la zona donde se generan los hechos susceptibles de acción, estas instituciones representan a la sociedad civil y a un ente del Estado. Tales características han permitido realizar una labor que reconoce la importancia de quienes se ven afectados por los hechos y los vincula en las estrategias que se realizan dentro del litigio.

c) Estrategias:

Estrategia jurídica: se seleccionó la Acción Popular como medio idóneo, al ya tener una decisión administrativa que favorecía la actividad de exploración. Se solicitó la protección de los derechos colectivos a un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. También se elevó la protección a la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Dicha acción era la estrategia idónea, pues se buscaba la prevención de un daño producto de los efectos adversos de la extracción de hidrocarburos. Además, el carácter autónomo y principal de la misma permitía una actuación directa ante la jurisdicción para evitar la vulneración de los derechos colectivos.

El GAP acompañó el proceso, como coadyuvante, con argumentos jurídicos, relacionados con el medio ambiente y derecho internacional, y aportando nuevos elementos para el caso, como los efectos de la decisión del 19 de noviembre de 2012 de la Corte Internacional de Justicia en el diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. De esta manera, se nutrió la discusión jurídica que se llevaba a cabo, recordando que las zonas que busca proteger la acción popular Cayo 1 y la Reserva de la Biosfera *Seaflower* fueron establecidas por la

CIJ como territorio colombiano, por lo cual se encuentran sujetas a la protección de los derechos colectivos previstos en la Constitución Política.

Otro de los argumentos giró en torno al rol de garante del Estado colombiano, toda vez que el medio ambiente no es solo un derecho, sino además un bien jurídico constitucionalmente protegido, lo que lo obliga a evitar el desarrollo de actividades que ponga en peligro ecosistemas, especialmente el ecosistema frágil de la Reserva de la Biosfera.

Estrategia social: por otro lado, en julio de 2013 se organizó en la Universidad del Rosario el foro “San Andrés: Presente y futuro. Estado de las cosas luego del fallo de la Corte Internacional de Justicia”, al cual asistieron importantes autoridades involucradas en la materia como lo son la canciller y la gobernadora de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Frente a las múltiples inquietudes manifestadas por el GAP, la canciller coincidió en la necesidad de protección de la reserva. Esta discusión fue llevada a los diferentes medios de comunicación, y concluyó en una política del gobierno actual y como argumentación para la no aplicación del fallo y para la denuncia del Pacto de Bogotá.

d) Resultados:

La Acción Pública, en primera instancia, fue resuelta en el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El Tribunal dio la razón a la demandante en cuanto a que la exploración y explotación constituyen un riesgo al medio ambiente. La sentencia fue apelada por los demandados y actualmente se encuentra en el Consejo de Estado para fallo.

El caso permitió el desarrollo académico de diferentes Derechos Colectivos, así como de elementos del Derecho Internacional, y la implementación de un litigio estratégico, en procura de la defensa del interés público. Entre los resultados que se pueden percibir de un efectivo litigio estratégico está el hecho de que el proceso influyó de forma efectiva en el desarrollo de una política pública en favor de la defensa de la biosfera, y el tener una decisión judicial que obliga a marcar una pauta en la adjudicación de zonas para la exploración y explotación de hidrocarburos en la isla de San Andrés. Asimismo, se logró un efecto de alto impacto en favor de una comunidad de especial protección constitucional, como lo son los raizales.

2. El Proyecto Naftaducto Tocancipá-Castilla La Nueva

a) Hechos:

En 2007, Ecopetrol estableció un proyecto de construcción para el manejo, tratamiento y transporte de crudos pesados desde la Estación Castilla hasta la Estación Porvenir. Tal tratamiento se daría a partir de la combinación proporcionada del crudo pesado que se extraía del Campo Castilla con nafta. Para poder realizar dicha actividad era necesario establecer un sistema de



transporte que llevará volúmenes de hasta 65.000 Bb./día de nafta, desde el lugar donde este químico se almacenaba, en el municipio de Tocancipá en Cundinamarca, hasta el mencionado campo ubicado en el departamento del Meta. El proyecto sería un naftaducto de una longitud de 167 km, que tendría un diámetro de 12 pulgadas.

La empresa del Estado solicitó en su momento la licencia ambiental al Ministerio de Ambiente, solicitud que acompañó de un estudio de impacto ambiental y un diagnóstico ambiental de alternativas en el cual se planteaban diferentes rutas para construir el ducto. Sin embargo, en el proceso de licenciamiento ambiental se escogió por parte de los especialistas del Ministerio, entre las diferentes alternativas, un trazado que afectaría zonas de especial protección ecológica: páramos, reservas y fuentes hídricas, etc.

b) Aliados estratégicos:

Al estar planeado sobre zonas de gran riqueza ecológica, el naftaducto atravesaba terrenos en los cuales amplias comunidades desarrollaban labores ambientalmente sostenibles, incluso una reserva natural de la sociedad civil y el páramo de Cruz Verde. Tal situación llevó a que la población se sintiera comprometida, no solo de conocer la labor misma del grupo y sus efectos, sino de participar activamente de tal trabajo en todos los escenarios posibles.

Igualmente, por medio de comunicaciones se lograron establecer apoyos de representantes de las instituciones del Estado (alcaldes municipales y concejales de Choachí y La Calera, funcionarios de la Gobernación de Cundinamarca, la Contraloría de Cundinamarca y la Procuraduría General de la Nación). Las anteriores, no solo coadyuvaron las acciones jurídicas implementadas por el grupo, sino que realizaron intervenciones ante el Ministerio de Ambiente para conseguir el archivo del procedimiento de solicitud de licencia ambiental. También, se dieron alianzas con ONG ambientales, como el *Ombudsman Centre for the Environment and Development* (OMCED), y universidades como la Nacional y la Distrital, que fueron fundamentales para obtener recomendaciones y apoyos en materia técnica y desde una perspectiva interdisciplinaria, especialmente de las ciencias naturales.

c) Estrategias:

Estrategia jurídica: el propósito principal de las acciones de grupo iba encaminado a lograr la protección de los derechos colectivos involucrados, entre los que estaban el medio ambiente sano, el equilibrio ecológico y la prevención de desastres técnicamente previsibles. Tal objetivo solo se podría conseguir con un accionar que nos permitiera, de forma ágil, salvaguardar los ecosistemas estratégicos e introducir en la política pública en materia energética la necesidad de tener en cuenta las afectaciones ambientales a la hora de planear los proyectos.

Estos objetivos, después de un amplio análisis de posibilidades, se consiguieron interviniendo dentro del trámite de licencia ambiental. Aprovechando la figura de hacerse parte en el procedimiento administrativo, además del apoyo con el que contábamos por parte de diferentes entidades del Estado, se iniciaron una serie de intervenciones para cuestionar el factible otorgamiento de una licencia ambiental. Se tenía como factible, pues una vez el grupo se hizo parte interviniente se descubrió que el Ministerio había aprobado una de las alternativas presentadas en el diagnóstico ambiental sin tener un soporte técnico suficiente y aprobando el trazado sobre zonas de exclusión tan importante como el páramo de Cruz Verde.

Mediante una estrategia social, que será comentada más adelante, se logró vincular a más de 500 ciudadanos en una solicitud de audiencia pública ambiental para poner frente a la población afectada la discusión directa sobre la conveniencia o no del otorgamiento de la licencia. Esto logró consolidar una amplia legitimidad sobre la pretensión de detener el proyecto, y demostrar el temor que despertaba la realización del proyecto.

Estrategia social: esta estrategia fue vital en el litigio por el naftaducto, pues vincular a la comunidad, instituciones, ONG y universidades, permitió ejercer una presión académica, jurídica y social sobre el Ministerio y Ecopetrol, e hizo de la transparencia un elemento fundamental del procedimiento de otorgamiento de licencia. Dichos factores de transparencia permitieron conocer los documentos técnicos que soportaban la solicitud del proyecto e hicieron posible un amplio cuestionamiento de los sectores mencionados, fortaleciendo así la pretensión de defender el medio ambiente sano.

Esto se logró al realizar de forma constante reuniones con diferentes fines, algunas de ellas para lograr un amplio contacto con los líderes de las comunidades, así como otras que permitieron capacitar a la comunidad en sus derechos y mecanismos de protección, para así lograr el objetivo primordial de empoderar a la población durante las reuniones de socialización y las visitas de campo de Ecopetrol, así como en la audiencia pública ambiental. Tal situación también permitió que los medios de comunicación prestaran permanente atención al caso, y divulgaran los pormenores de lo que sucedía alrededor de esto, desarrollando así otro polo de atención y presión sobre el debido otorgamiento de la licencia.

d) Resultados:

Entre los resultados, el más importante fue la efectiva suspensión del trámite de otorgamiento de la licencia ambiental y, por lo tanto, el detenimiento absoluto del proyecto de construcción del naftaducto, por ese trazado. De igual modo, se consiguió alertar a la comunidad e instituciones sobre esta clase de proyectos en zonas ambientalmente estratégicas y se permitió a estos sujetos apropiarse de la situación, formulando y participando directamente en los espacios que la ley permite.



Conclusiones

La participación ambiental es un proceso que tiene por objetivo la conservación, preservación y uso sostenible de la biodiversidad, además de la garantía de los derechos ambientales. Es además, un derecho fundamental y colectivo que implica formar parte activa e incidir en los procesos de toma de decisiones y garantizar la presencia e incidencia de la sociedad civil en todas las etapas de los proyectos y políticas ambientales.

Las comunidades tienen una responsabilidad muy importante en la defensa de los derechos ambientales, para lo cual deben aplicar los derechos de acceso consagrados en el Principio 10: adquirir información de calidad sobre los aspectos que las afectan, utilizar los mecanismos de participación ambiental y acudir a instancias judiciales y/o administrativas en caso de ser necesario.

El rol de la justicia constitucional es definitivo, con prioridades como el fortalecimiento de la respuesta judicial frente a las acciones constitucionales en defensa del ambiente, la armonización de los diversos instrumentos constitucionales de protección del ambiente sano, la dignificación y no la estigmatización de los actores que promueven la participación en materia ambiental y la garantía integral de los derechos ambientales como una responsabilidad con las futuras generaciones.

Bibliografía

Abramovich, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 9.

Coral, A., Londoño, B., & Muñoz, L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Revista Universitas*, 121, pp. 49-75.

Correa, L. (2008). Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho. *Opinión Jurídica*, 7.

Enríquez, K., Fager, N., Moreno, S. & Palacios, O. (2014). La participación socioambiental en la construcción de agendas interinstitucionales (pp. 69-99). En: S. Güiza & M.T. Palacios (eds.), *Construcción de agendas interinstitucionales ambientales: una mirada desde los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Lora, A., Muñoz, L. & Rodríguez, G. (2008). *Manual de acceso a la información y a la participación en materia ambiental en Colombia*. Bogotá: ILSA.

Londoño, B., & Torres, M.L. (2014). Herramientas para la protección del interés público en América Latina: el diseño de un litigio de alto impacto desde la

educación legal clínica. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 92-107.

Morales, D. (2014). *El Juego de la Corte*. En: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=467#sthash.qI0U4TVT.dpuf>

Muñoz, L., & Rodríguez, G. (2009). *La participación en la gestión ambiental: un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Muñoz, L., & Tamayo, J. (2014). Revisión conceptual de los conflictos socioambientales para la construcción de nuevas tipologías (pp. 3-24). En: S. Güiza & M.T. Palacios (eds.), *Construcción de agendas interinstitucionales ambientales: una mirada desde los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Puga, M. (2013). *Litigio estructural*. Tesis doctoral. Buenos Aires: Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

Villarreal, M. (2007). El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. En: *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. México D. F.

Yrigoyen Fajardo, R. (2007). *El litigio estratégico en derechos humanos*. Guatemala: s/p.

Ver: T-411/1992, T-415/1992, T-428/1992, T-528/1992, T-251/1993, T-028/1994, SU-442 de 1997, T-046/1999, T- 271 de 2010, T-154 de 2013, entre otras sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Las nuevas fronteras de la justicia constitucional:

la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales

César Rodríguez Garavito*

1. Introducción

En 2014 coincidieron el Encuentro Constitucional por la Tierra, que motivó esta ponencia, y la muerte de Gabriel García Márquez, nuestro Nobel de Literatura. Por eso, al aceptar la honrosa invitación que me hiciera la Corte Constitucional recordé el discurso sobre las contradicciones colombianas que pronunció García Márquez el día de la entrega del informe de la llamada Misión de Sabios sobre el futuro de la educación. “Amamos a los perros, tapizamos de rosas el mundo, morimos de amor por la patria, pero ignoramos la desaparición de seis especies animales cada hora del día y de la noche por la devastación criminal de los bosques tropicales, y nosotros mismos hemos destruido sin remedio uno de los grandes ríos del planeta”, advirtió García Márquez en 1994, cuando la frase “cambio climático” acaso significaba viajar entre tierra fría y tierra caliente. Dos décadas después, la tasa de extinción de animales se ha multiplicado por cinco. Y son cosa del pasado los bancos de peces del gran río donde Florentino Ariza y Fermina Daza vivieron su amor otoñal.

Pero persisten las contradicciones ambientales, especialmente a la luz de la Constitución Ecológica, como la Corte ha llamado los numerosos artículos (49, para ser exactos) en los cuales la Constitución de 1991 optó por la protección decidida del medio ambiente¹. Mientras la Constitución ordena el cuidado del agua, nuestras políticas públicas suelen darles prioridad al crecimiento urbano

* Profesor asociado de la Universidad de los Andes y miembro fundador de Dejusticia. Este texto es una versión revisada de la conferencia dictada en el Encuentro Constitucional por la Tierra (Ibagué, 19 de septiembre de 2014). Apartes del texto provienen de columnas del autor publicadas previamente en *El Espectador* y citadas en la bibliografía. El autor agradece la asistencia de investigación de Celeste Kauffman.

1 Sobre el concepto de constitución ecológica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, véanse, entre otros, los fallos T-411 de 1992 y C-362 de 2011.



y al desarrollo entendido solo como crecimiento del PIB. Al paso que la Carta de 1991 protege la agricultura y la seguridad alimentaria, nuestro modelo económico privilegia la extracción de recursos naturales no renovables. Todo lo cual nos ha hecho uno de los países con más conflictos socioambientales del mundo², en un momento en el que la posible transición a la paz dependerá, en parte, de la paz ambiental.

Quizás no haya un asunto donde el contraste entre lo constitucional y lo real sea más claro que el que me ocupa en esta ponencia: la democracia ambiental, es decir, la participación de los ciudadanos en las decisiones que afectan el agua que consumen, el aire que respiran, la comida que los sustenta, el paisaje que los rodea y, en general, la tierra donde viven y que legarán a las próximas generaciones. La tensión es evidente porque, aunque uno de los rasgos definitorios de la Constitución colombiana es la promoción de la democracia participativa, en la práctica los mecanismos que la encarnan – consultas populares, referendos, plebiscitos, entre otros– han sido escasamente utilizados. Y cuando han sido reclamados por los ciudadanos, con frecuencia se han encontrado con la resistencia de actores políticos y estatales, como sucede con las consultas populares sobre la minería y medio ambiente que se han organizado en diferentes regiones de Colombia. Como veremos, iniciativas similares se han dado alrededor de las Américas³.

Para explorar brevemente el contenido teórico, jurídico y práctico de esta contradicción entre la promesa constitucional y la práctica real, divido mi presentación en tres partes, cada una con un argumento central. En la primera, ubico teóricamente la discusión sobre la democracia ambiental en general, y las consultas populares en particular, en un debate más amplio de filosofía política y jurídica. Recurriendo a los trabajos recientes de Nancy Fraser (2008) y Martha Nussbaum (2007), sostengo que los movimientos ciudadanos por la participación ambiental tienen un profundo significado político y legal, en tanto en ellos convergen algunas de las preguntas centrales para la justicia en las sociedades contemporáneas. En este sentido, la democracia ambiental es una de las fronteras fundamentales de los derechos hacia la cual tendrá que gravitar la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, como en efecto lo han venido haciendo. Así como la Corte Constitucional ha sido fundamental para proteger los derechos civiles y los derechos sociales, será un árbitro central en los numerosos conflictos socioambientales, incluyendo los que giran alrededor de consultas populares.

2 Véase el Atlas Global de Conflictos Ambientales en: <http://ejatlas.org/country/colombia>.

3 En este texto me refiero a las instituciones participativas (consultas, referendos, etc.) disponibles para todos los ciudadanos, y no las instituciones como la consulta previa, que han sido más estudiadas y son específicamente diseñadas para mitigar la brecha de participación e influencia de grupos que han sido víctimas de marginación extrema, como los indígenas y los afrodescendientes (ver: Rodríguez Caravito 2013).

En la segunda sección paso de la teoría al derecho y la práctica sociojurídica. Comienzo por mostrar que la regulación y los casos de participación ambiental no son una singularidad colombiana. Un sondeo rápido muestra que la participación ciudadana y las consultas populares ocupan un lugar central, tanto en el derecho ambiental internacional como en las disputas sobre las industrias extractivas y el medio ambiente en las Américas, desde los relativos a la minería en Latinoamérica hasta las referidas al *fracking* en Estados Unidos.

Contra ese telón de fondo, en la tercera y última sección ofrezco algunos elementos de juicio sociojurídicos sobre la viabilidad e importancia de las consultas populares y la democracia directa para la resolución de los conflictos socioambientales y la garantía del derecho constitucional al medio ambiente sano en Colombia. Sostengo que este tipo de mecanismos de participación no son solo permitidos, sino promovidos por la Constitución, la ley y la jurisprudencia.

2. Naturaleza y participación: las nuevas fronteras de la justicia constitucional

La democracia ambiental se encuentra en el cruce de caminos de dos de las preguntas más acuciantes para las teorías contemporáneas de la justicia. De un lado, ¿quién debe tomar las decisiones sobre asuntos complejos como el balance entre crecimiento económico y medio ambiente? De otro lado, ¿quiénes son sujetos de derechos? ¿Podría considerarse a la naturaleza –los animales no humanos, las fuentes de agua, la tierra misma– sujetos de derecho y de derechos?

Las preguntas han dado lugar a una abundante literatura, que no pretendo abarcar en esta sucinta presentación. Por tanto, me limito a esbozar las respuestas que estimo más plausibles y relevantes para el tema específico de la justicia ambiental: en relación con la primera pregunta, el marco de la “justicia como participación” de Fraser (2008); en relación con la segunda, la propuesta de expansión de las “fronteras de la justicia” de Nussbaum (2007).

Fraser sostiene que la filosofía moral y política ha privilegiado dos formas de justicia. En primer lugar, la justicia en la distribución de recursos económicos, lo que conocemos como justicia social. En este criterio se centran, por ejemplo, las teorías marxistas que datan del siglo XIX. Esta aproximación fue controvertida por toda una línea de movimientos sociales y teóricos que llamaron la atención sobre injusticias que no tienen que ver con la distribución de recursos ni la clase social, sino con la asignación de estatus en la sociedad. La discriminación contra las mujeres, contra los pueblos indígenas y afrodescendientes, contra la población LGBTI, no tiene que ver, única y exclusivamente, con su clase social sino con esos factores de diferencia o discriminación. Por eso, en la segunda mitad del siglo XX las teorías de la justicia añadieron una segunda dimensión: la justicia como reconocimiento, reclamada por los llamados “nuevos movimientos



sociales”, que ya no lo son tanto pero que en los años setenta y ochenta del siglo pasado lograron que la teoría de la justicia fuera bidimensional y combinara la redistribución y el reconocimiento.

Fraser nos recuerda, sin embargo, que en un mundo globalizado, poswesfaliano, esos dos criterios de justicia son insuficientes. Ambos asumían un contexto de sociedades y economías relativamente cerradas, ante cuyos gobiernos se elevaban los reclamos jurídicos y políticos de redistribución y reconocimiento. En el nuevo contexto de la globalización, la premisa wesfaliana de la unidad entre Estado, territorio, autoridad política y sistema jurídico se estrella contra la evidencia proveniente de múltiples ámbitos jurídicos, desde el derecho constitucional hasta el laboral y el penal. Los Estados comparten hoy la función regulatoria con una amplia gama de instituciones internacionales (desde la Organización Mundial del Comercio hasta la Corte Penal Internacional) y entidades privadas y ONG (como los que participan en sistemas de monitoreo de códigos de conducta empresariales en materia ambiental). El efecto de este derecho poswestfaliano consiste no solo en “administrar la globalización” (Kingbury, Krisch y Stewart 2010), sino en transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el punto de que estos no pueden ser entendidos si no se tiene en cuenta el complejo entramado normativo, de múltiples escalas, en el que están insertos (Rodríguez Garavito, 2011).

En este contexto, según Fraser, la pregunta central para la justicia es: ¿quién participa y quién decide? Por ejemplo, ¿deberíamos tener los ciudadanos del mundo voz e influencia en las negociaciones globales sobre el cambio climático, un problema urgente que no respeta fronteras nacionales y nos afectan a todos? ¿Y en las discusiones sobre la regulación del agua, un recurso cada vez más escaso alrededor del mundo? Así podríamos hacer una lista larga que muestra que las preguntas sobre quién decide y quién participa son hoy mucho más complejas que en un mundo wesfaliano, donde se entendía que las decisiones se tomaban en una escala nacional, con la participación exclusiva de los ciudadanos del país respectivo. Esa equivalencia ya no existe y, por tanto, la participación es una dimensión capital de la justicia (y la injusticia).

Cierro la alusión a Fraser mencionando su respuesta, que me parece muy atinada: deberían participar todas las personas directamente afectadas. En el ámbito de la justicia ambiental, este criterio implica que deben tener voz e influencia efectiva los ciudadanos directamente afectados, como los que sufren el impacto de proyectos de mineros que alteran su forma de vida y su vida misma.

La otra pregunta medular en juego para la justicia en general, y la justicia constitucional en particular, tiene que ver con los sujetos de derechos. En este frente recorro a la convincente teoría de Nussbaum, según la cual la justicia debe expandirse más allá de tres fronteras: (1) la definición convencional de

capacidad física y cognitiva, para incluir los derechos de las personas con diferentes tipos de discapacidad; (2) la nacionalidad, para incorporar los derechos de los migrantes que hoy están en un limbo jurídico, en una tierra de nadie; y (3), por último, lo que más interesa para esta ponencia: la especie humana. En relación con esto último, hay que preguntarse: ¿por qué los seres humanos somos los únicos titulares de derechos?, ¿es posible extender la noción de sujeto de derechos constitucionales para incluir, de manera siquiera limitada, a otros como los animales no humanos?

La pregunta teórica de Nussbaum ya tiene un comienzo de respuesta positiva en la jurisprudencia colombiana, específicamente la del Consejo de Estado, que la Corte Constitucional podría invocar en fallos futuros sobre el medio ambiente. En un fallo de 2013⁴, el Consejo encaró la pregunta: ¿los animales tienen derechos? Al responder que sí, el Consejo censuró al Estado por permitir los múltiples abusos de un centro de investigaciones contra los monos amazónicos con los que experimentaba. Y abrió una nueva frontera de derechos constitucionales, que seguramente fortalecerá las políticas y el derecho ambiental en el país (ver: Rodríguez Garavito, 2013).

Como el tema es novedoso, hay que ir por partes. Primero, si suena extraño que los animales tengan derechos, hay que recordar que en otra época sonaba igual de extraño que los niños, los esclavos o las empresas los tuvieran. Por ejemplo, los niños podían ser comprados y vendidos en tiempos del Imperio romano, y la idea de que una empresa tuviera derecho a la propiedad era considerada un disparate hasta el siglo XIX (Stone, 2009). Segundo, tratar como sujetos jurídicos a los animales –y a los bosques, los ríos y la naturaleza en general, como lo hace el Consejo de Estado– no significa reconocerles todos los derechos. Ello no impide, por ejemplo, usar animales para la producción o la alimentación humana (Stone, 2009).

Más allá de los detalles de este complejo debate, lo que me interesa resaltar es que el estatus constitucional y moral de la naturaleza está abierto a discusión y que, junto con la pregunta sobre la participación ambiental, se encuentra en la vanguardia de los debates contemporáneos sobre la justicia. De ahí que se encuentren a la orden del día tanto en el derecho como en la práctica social nacionales e internacionales, como veremos a continuación.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, Acción Popular AP 250002324000201100227 01. Fallo de noviembre 26 de 2013.



3. La democracia ambiental en el derecho y la práctica globales

3.1. Los derechos procesales ambientales en el ordenamiento internacional

A pesar de que la conexión entre los derechos humanos y el medio ambiente ha sido discutida durante décadas, los llamados “derechos procesales” (como la información y la participación) vinieron a ganar relevancia global solo desde la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y la adopción de la Declaración de Río. Aunque la Declaración no es legalmente vinculante, por medio de ella más de 150 Estados estuvieron de acuerdo en que el acceso a la información y las formas de participación pública son características esenciales de la regulación ambiental. La Declaración ha tenido un impacto importante en la manera como los Estados y la sociedad civil perciben los derechos de los ciudadanos en la protección del ambiente.

A medida que la Declaración de Río adquirió popularidad, los asuntos ambientales empezaron a atraer más atención en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a nivel regional. Los tribunales de derechos humanos regionales empezaron a fallar casos en los que la degradación ambiental impactaba de manera negativa derechos humanos, y nuevos tratados regionales consagraron estándares relacionados con derechos ambientales, tanto a nivel sustantivo como procesal (Ebbesson, 2009, 2).

Esta área del derecho ha seguido creciendo, hasta el punto de que en abril de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU reconoció que el derecho de los derechos humanos consagra ciertas obligaciones procesales para los Estados en relación con el disfrute de un ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, incluyendo la de “respetar y proteger el derecho a buscar, recibir y difundir información y a facilitar información para las evaluaciones del impacto ambiental en los derechos humanos, y sobre dichas evaluaciones”; y “garantizar el acceso a recursos efectivos cuando se violen los derechos humanos y las libertades fundamentales” (ONU, 2014). Este pronunciamiento resume los tres pilares fundamentales de los derechos procesales del derecho ambiental: el acceso a la información, el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que afecten el medio ambiente, y el acceso a la justicia. Dado el foco de esta ponencia, en lo que sigue me centro en el derecho a la participación.

3.2. El derecho internacional a la participación

Como parte de las garantías procesales, el derecho ambiental global consagra la participación pública en la toma de decisiones relacionadas con planes, actividades o proyectos que vayan a tener un impacto significativo en el medio ambiente. Esta garantía se deriva del derecho humano a participar en el gobierno propio (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que los ciudadanos tienen derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. La afirmación de la Declaración Universal es reiterada en la escala regional en el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 23 de la Convención Americana y en el artículo 13 de la Carta Africana.

Los acuerdos internacionales sobre medio ambiente también contienen varias referencias al derecho a la participación, aunque muchas veces estas son generales y solo estipulan que los Estados miembros “promuevan y faciliten” la participación pública en materias relacionadas con la gobernanza ambiental. Por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica afirma en el Preámbulo “(...) la necesidad de la plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica”. De manera similar, la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático prevé que todos los Estados miembros deben promover la más amplia participación en el proceso de negociación de la regulación del cambio climático y promover y facilitar a escalas nacional, regional y subregional, y conforme a las leyes nacionales y regulaciones, el acceso a la información pública y la participación pública (artículos 4(1)(i) y 6, respectivamente). El artículo 10 del Convenio de Estocolmo (2002) es un poco más detallado y señala que “cada Parte, dentro de sus capacidades, promoverá y facilitará: (...) d) La participación del público en el tratamiento del tema de los contaminantes orgánicos persistentes y sus efectos para la salud y el medio ambiente y en la elaboración de respuestas adecuadas, incluida la posibilidad de hacer aportaciones a nivel nacional acerca de la aplicación del presente Convenio”.

La Convención Internacional de la Lucha contra la Desertificación, de las Naciones Unidas (UNCCD, 1994), incluye una mayor protección al derecho a la participación. El deber del Estado de incentivar la participación pública en la adopción de políticas y decisiones relevantes para la Convención, así como la ejecución de proyectos, entre otros, y en particular con las comunidades locales, se repite a lo largo del documento. En efecto, la participación es uno de los principios rectores de la Convención, como está definido en el artículo 3°: “(...) las Partes deben garantizar que las decisiones relativas a la elaboración y ejecución de programas de lucha contra la desertificación y mitigación de los efectos de la sequía se adopten con la participación de la población y de las comunidades locales y que, a niveles superiores, se cree un entorno propicio que facilite la adopción de medidas a los niveles nacional y local”. De manera similar, el artículo 5° establece que los Estados parte deben: “d) promover la sensibilización y facilitar la participación de las poblaciones locales, especialmente de las mujeres y los jóvenes, con el apoyo de las organizaciones no gubernamentales, en los esfuerzos por combatir la desertificación y mitigar los efectos de la sequía”. Infortunadamente, la Convención no prevé estándares o detalles respecto a la manera como esta participación debe efectuarse.



El Convenio europeo sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus, 1998), es el acuerdo ambiental más avanzado en relación con la participación pública, y estipula detallados estándares y diferentes procesos de participación. El Convenio señala que debe haber participación pública en todos los niveles de toma de decisiones relacionadas con el ambiente, desde la determinación de las políticas nacionales y leyes, hasta diferentes programas y planes, incluyendo proyectos y actividades individuales (artículos 6-8). Prescribe también que el público debe ser informado en etapas tempranas del proceso. Finalmente, el artículo 6° del Convenio de Aarhus sienta las bases para estándares mínimos que los Estados parte deben seguir en relación con la preparación y la ejecución de procedimientos de estudios de impacto ambiental sobre actividades que puedan tener efectos significativos sobre el ambiente.

Finalmente, el Banco Mundial y otras normas de bancos de desarrollo requieren con frecuencia que en proyectos de desarrollo, sobre todo en aquellos que involucran la extracción de recursos naturales, obtengan una “licencia social” que involucra la expresión de las comunidades locales en relación con el proyecto. Y numerosos ordenamientos nacionales consagran el derecho a la participación en las evaluaciones de impacto ambiental de proyectos específicos (Ebbesson, 2009).

Aunque ninguna de estas normas o lineamientos se refiere explícitamente a las consultas populares, este tipo de mecanismos suele ser mencionado en las discusiones internacionales como una de las maneras para proteger los derechos individuales de participación en la toma de este tipo de decisiones. La práctica social y jurídica en las Américas muestra que las comunidades afectadas por proyectos que impactan el medio ambiente han recurrido frecuentemente a este tipo de consultas, como lo veremos a continuación.

3.3. Las consultas populares ambientales en América Latina

El derecho a la participación está protegido en casi todas las constituciones de América Latina, incluyendo Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. Adicionalmente, muchas de estas constituciones fijan mecanismos de participación similares a las consultas populares (plebiscitos, referendos, iniciativas populares, etc.). Así lo hacen, por ejemplo, las de Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Panamá y Uruguay. Aunque en varios de estos países los mecanismos de participación están restringidos a asuntos nacionales y específicos (reformas constitucionales o legislativas, revocatoria de funcionarios públicos, etc.), funcionan de manera similar a las consultas populares y tienen la misma justificación.

Ejerciendo el derecho establecido en la Constitución y la ley, ciudadanos y comunidades a lo largo de la región han organizado consultas populares y otros canales de participación para pronunciarse y decidir sobre los impactos ambientales en sus vidas y sus territorios. Los casos más conocidos son las consultas y los referendos sobre proyectos mineros realizados en Perú (Tambogrande y Majaz), Guatemala (Sicapaca) y Argentina (Esquel). Me refiero sucintamente al primero y al último caso a modo de ilustración de la tendencia. En el primero, numerosos grupos de la sociedad civil de Tambogrande se opusieron a la minería en su territorio y solicitaron una consulta popular guiada por la siguiente pregunta: “¿Está usted de acuerdo con el desarrollo de actividades mineras, áreas de expansión urbana, agricultura y expansión de agricultura en el distrito?”.

La consulta tuvo lugar en junio de 2002. La jornada de votación fue pacífica y fue vigilada por observadores internacionales que confirmaron que la consulta se llevó a cabo conforme a los estándares peruanos e internacionales, a pesar de que hubo campañas que presionaban a los votantes a no votar la consulta. De 36.973 votantes registrados, 27.015 participaron en el referendo. Casi el 94% votó en contra de la minería en Tambogrande y menos del 2% votó a favor. El resto de los votos fueron en blanco o nulos.

La clara oposición de la comunidad no cambió la posición de la Manhattan Mining, empresa interesada en desarrollar el proyecto minero, que señaló que el referendo era irrelevante para la política de la compañía de obtener una “licencia social” con relación al proyecto. La empresa aducía que la licencia debía ser obtenida después de la evaluación de impacto ambiental, que no estaba concluida al momento de la votación. Adicionalmente, el gobierno peruano argumentó que la consulta no era un mecanismo previsto por la ley, que no era vinculante y que la comunidad carecía de información para tomar una decisión ilustrada con relación al proyecto. El Ministro de Minas y Energía decidió, por tanto, continuar con la evaluación de impacto ambiental (EIA).

Los habitantes de Tambogrande decidieron no participar en las audiencias públicas relacionadas para mostrar su inconformismo con el proyecto minero. Adicionalmente, opositores de Lima llegaron a la audiencia de la EIA, que llevó a la suspensión de la misma. En diciembre de 2003, Manhattan Mining anunció que daría por terminado el contrato con el gobierno peruano para la explotación de la mina. Finalmente, en 2005, la compañía dio por terminado también los procesos de EIA.

Tambogrande es el primer caso conocido en América Latina en el que una comunidad hizo valer el derecho a votar con relación a actividades mineras en su territorio. Aunque el referendo no forma parte del proceso formal de estos proyectos y el gobierno se rehusó a considerar que sus resultados eran vinculantes, el resonante “no” de la comunidad tuvo una influencia directa en la decisión de la empresa de abandonar el proyecto.



El segundo caso al que me quiero referir es el del proyecto aurífero de Meridian Gold en Esquel, Argentina. En 2002, el Gobierno nacional publicó información sobre su intención de permitir actividades mineras de la compañía Desquite S.A., parte de Meridian Gold, para iniciar la explotación de plata y oro en las afueras de Esquel. En el mismo año, un grupo comunitario organizó una “Asamblea de Vecinos Autoconvocados de Esquel” contra la mina. En febrero de 2003, el Concejo de Esquel expidió tres ordenanzas prohibiendo el uso de cianuro dentro de la municipalidad, declaró que las leyes de inversión minera eran inaplicables y dio vía libre al Ejecutivo para organizar un referendo no vinculante a nivel municipal. El referendo tuvo lugar el 23 de marzo de 2003 y más del 83% de los votos fueron contra el proyecto minero. Aproximadamente el 70% de los votantes elegibles (19.500) participaron en el referendo. Luego de que los resultados fueran publicados, las autoridades locales ordenaron que se detuviera la actividad minera. El referendo de Esquel sirvió de modelo a otros que se realizaron en otras regiones de Argentina para resolver conflictos similares.

Las decisiones de las autoridades de Esquel fueron apeladas hasta la Corte Suprema, que las mantuvo en firme y reconoció el poder de dichas autoridades para regular las actividades que afectan el medio ambiente, incluso si fijan estándares más altos que los de la legislación nacional. En 2007, Meridian finalmente abandonó el proyecto en Esquel.

Este caso es la ilustración más clara en América Latina de una decisión nacional que avaló el voto local y vinculante sobre el destino de la minería y el medio ambiente. Este resultado se explica, en parte, por la clara división de poderes entre los gobiernos federales y locales en Argentina, que incluye una regulación ambiental ligera a nivel nacional, complementada por la facultad de cada provincia de desarrollar regulaciones más estrictas.

Más allá de los detalles de estos y otros casos, lo que me interesa para los propósitos de esta exposición es resaltar que se trata de un fenómeno social, político y jurídico que supera las fronteras colombianas y ha viajado de uno a otro país latinoamericano, a medida que las economías extractivas se han difundido a lo largo de la región. Pero no solo es un fenómeno de América Latina o el sur global, como lo muestra la proliferación de consultas sobre el *fracking* en Estados Unidos.

3.4. Las consultas sobre el *fracking* en Estados Unidos

La preocupación ciudadana por los efectos ambientales del *fracking* (fracturación hidráulica para extraer gas o petróleo) se han traducido en cientos de consultas populares en ese país. Me limito a mencionar rápidamente el caso más prominente: la ola de más de 180 referendos municipales en el Estado de Nueva York, que llevaron al gobernador Andrew Cuomo a prohibir el uso de esta técnica en diciembre de 2014.

Nueva York, hay que recordarlo, es el tercer Estado más poblado y uno de los más pudientes, educados e influyentes de Estados Unidos. Y está ubicado sobre la formación Marcellus, el mayor depósito de gas extraíble por *fracking* en ese país. Por eso la cuestión estuvo en el centro del debate político durante varios años y concluyó solo después de un estudio sistemático de los posibles riesgos del *fracking*.

En el lenguaje lacónico de los científicos, el informe del Departamento de Salud de Nueva York concluye que “los estudios suscitan dudas profundas sobre si los riesgos (...) son suficientemente comprendidos como para ser manejados”. El secretario de salud del Estado, Howard Zucker, fue más directo: “¿Estaría yo dispuesto a vivir en una comunidad donde se practique intensivamente el *fracking*?: basado en los hechos que ahora conozco, mi respuesta es no”. A la misma conclusión habían llegado los habitantes de 180 municipios del Estado, que consiguieron que las autoridades locales prohibieran o suspendieran el *fracking*.

Para los efectos que nos interesan, la decisión participativa de Nueva York (que han tomado también otros municipios y departamentos en EE. UU. y Europa) tiene una importancia doble. De un lado, nos recuerda que la preocupación con el medio ambiente en general, y el agua en particular, es una tendencia mundial que está permeando el derecho y la práctica constitucionales. De otro lado, pone de presente que las democracias más robustas cuentan con mecanismos de participación directa que pueden y deben aplicarse a asuntos ambientales en la escala local. Colombia no es la excepción, como lo veremos enseguida.

4. La democracia ambiental en Colombia: el derecho a la participación y las consultas populares

La rápida revisión de casos de las Américas confirma que la defensa del ambiente suele ser democrática y participativa. En países cada vez más apáticos ante la democracia electoral, las causas ambientales despiertan el interés de los ciudadanos, que se involucran directamente y votan contra los impactos sobre la salud y el ambiente de proyectos que los afectan. Así lo muestran las consultas populares en Colombia por el agua y la agricultura en lugares como Piedras (Tolima) y Tauramena (Casanare), o las que se organizan contra el *fracking* en diferentes municipios.

A diferencia de Nueva York y a semejanza de Perú, en Colombia el gobierno y entidades como la Procuraduría han tendido a oponerse a las consultas populares y desobedecer los fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que las protegen. Veamos someramente este contraste y sus consecuencias jurídicas y prácticas.



4.1. La regulación constitucional de la democracia participativa en material ambiental

Como se mencionó, la democracia participativa ambiental fue una promesa expresa de la Constitución de 1991. Como lo dijo la Corte Constitucional en el fallo C-180 de 1994:

La redefinición del concepto de soberanía, la revaloración del papel del ciudadano y la profundización del modelo de democracia participativa plasmados en la Constitución de 1991, constituyen genuina expresión del mandato que el pueblo confirió a la Asamblea Nacional Constituyente, de propender por el “fortalecimiento de la democracia participativa”.

En materia ambiental, la Carta consagró el deber del legislador de garantizar la participación de la comunidad en la toma de decisiones que puedan afectar su derecho a gozar de un medio ambiente sano (C. P. artículo 79); también estableció el deber de los ciudadanos de participar en la vida política, cívica y comunitaria (C. P. artículo 95-5).

Los mandatos constitucionales sobre la participación fueron desarrollados poco después de la expedición de la Constitución. Específicamente, la Ley 134 de 1994 reguló los mecanismos de democracia participativa, entre ellos las consultas populares. Según el artículo 8° de dicha ley, la consulta popular “es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que este se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos la decisión es obligatoria”. Basados en esta ley, 33 municipios han organizado consultas populares. En ellas los ciudadanos han votado sobre asuntos que van desde el establecimiento del día sin carro en Bogotá hasta la declaración del municipio de Fonseca, Guajira, como zona de convivencia pacífica⁵.

En asuntos ambientales, la legislación es aún más clara. La Ley 136 de 1994 estableció no solo la posibilidad, sino el deber de hacer este tipo de consultas cuando se trate de asuntos ambientales. Según el artículo 33 de dicha ley:

Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la Ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio.

5 Registraduría Nacional del Estado Civil. Organización Electoral. República de Colombia. Mecanismos de participación ciudadana. Consulta Popular. Histórico consultas populares. En: <http://www.registraduria.gov.co/-Consultas-Populares,2411-.html>

Fue con base en este mandato constitucional expreso que las autoridades y los habitantes del municipio de Piedras votaron sobre la minería en su territorio. El domingo 28 de julio de 2013, el 99% de los participantes dijo no a la minería. La decisión, obligatoria para las autoridades municipales según la Constitución, les da voz a las comunidades afectadas por las industrias extractivas y recuerda que, aunque los minerales y las regalías sean del Estado central, es allí, en el terreno, donde quedan las consecuencias.

El mensaje ha tenido eco en otras comunidades, como la de Tauramena (Casanare), que hizo una votación similar sobre un proyecto petrolero en diciembre de 2013, y otras que emprenden procesos similares. De ahí la reacción del Ministerio de Minas, el Ministerio del Interior, la Procuraduría y otras entidades que han expedido normas y conceptos para dejar sin efectos este tipo de consultas, con lo cual se ha generado un impasse institucional en el que las altas cortes han tenido que intervenir.

4.2. El respaldo jurisprudencial a las consultas y la reticencia del Ejecutivo

El complejo dilema sobre el balance entre la regulación del subsuelo y sus recursos (que corresponde a la Nación) y la regulación del suelo, el agua y el ambiente local (que corresponde a los municipios) llegó de lleno a la Corte Constitucional con una demanda contra el artículo 37 del Código de Minas. En dicho artículo, el Código (Ley 685 de 2001) prohibía a los municipios excluir la minería de sus territorios aunque lo hicieran para cumplir su deber de proteger el medio ambiente.

La decisión de la Corte consistió en armonizar las competencias nacionales y municipales. En la Sentencia C-123 de 2014 estableció que, antes de autorizar un proyecto minero, el Gobierno nacional debe llegar a un *acuerdo* con las autoridades de los municipios del proyecto.

El fallo amerita varios comentarios. Lo primero que hay que aclarar es que no tiene que ver directamente con las consultas. El tema era el mencionado artículo del Código de Minas que les prohíbe a los alcaldes y concejos municipales vetar la minería en su territorio. La Corte respaldó esta regla de “prohibido prohibir”, porque la Constitución establece que los recursos del subsuelo son de la Nación y pueden ser regulados solo por el gobierno nacional. Pero esta es solo la mitad del fallo. La otra mitad puntualiza que las autoridades municipales tienen la facultad de regular el suelo, lo que incluye el agua, el uso de la tierra para actividades como la agricultura y la protección del medio ambiente. Y, según la Constitución, estos fines, a diferencia de la minería, son prioritarios.

Por supuesto, la minería afecta tanto el suelo como el subsuelo. Por ejemplo, un gran yacimiento de oro al aire libre precisa millones de metros cúbicos de agua,



ingentes cantidades de cianuro anuales y plantas de tratamiento y escombreras ubicadas a distancias considerables. De allí que no se pueda tomar una decisión sobre la mina sin decidir al mismo tiempo sobre el agua, la agricultura, la salud pública y el ambiente de toda una región.

Esto fue justamente lo que dijo la Corte en la C-123 de 2013. Para autorizar un proyecto, el gobierno “deberá dar la oportunidad a las entidades municipales o distritales involucradas de participar *activa y eficazmente* en dicho proceso, mediante acuerdos sobre la protección de cuencas hídricas y la salubridad de la población, así como del desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades”. Que la misma Corte subraye que la participación debe ser “activa” y “eficaz” significa que no basta oír a las autoridades locales, sino que se requieren “acuerdos” con ellas. Mientras que a los alcaldes se les “prohíbe prohibir” la minería, al Gobierno nacional le está “prohibido permitir” la exploración o explotación de recursos mineros sin esos acuerdos.

¿En qué quedan las consultas populares? Ahora tienen aún más sentido e importancia. En ellas los ciudadanos opinan acerca de los impactos sobre el agua, el suelo y el medio ambiente que tendría un proyecto. Si alcanza la votación requerida, el parecer ciudadano es obligatorio para las autoridades locales y se convierte en la guía para la concertación entre estas y el Gobierno nacional. En ese sentido, las consultas serían un medio idóneo para que los ciudadanos transmitan su opinión a sus representantes locales, para que estos las transmitan a su vez al Gobierno nacional en los procesos de acuerdo Nación-municipio que ordena la Sentencia C-123 de 2014.

En un sentido muy similar se pronunció el Consejo de Estado al suspender un decreto (el 934 de 2013) que el Gobierno había expedido para impulsar la minería y reforzar su oposición a las consultas populares y los planes de ordenamiento territorial que protegen el agua, el ambiente y la agricultura. Como lo mencioné, semejante prohibición viola tres reglas constitucionales: la autonomía de los municipios, la protección constitucional del ambiente y el derecho a la participación de los ciudadanos. Así lo reconoció el Consejo de Estado al suspender la prohibición del Decreto 934 de 2013, mientras dicta un fallo de fondo sobre la demanda de nulidad contra la norma.

Con estas dos sentencias de los tribunales más altos en materia constitucional y administrativa era de esperar que el Gobierno nacional y la Procuraduría cesaran las advertencias contra los alcaldes, concejos y comunidades que se oponen a los efectos de la minería en sus territorios mediante consultas. Y que el Gobierno nacional cumpliera el mandato de la Corte de concertar las medidas de protección ambiental con los municipios.

Sin embargo, al momento de revisar esta ponencia (enero de 2015), el Gobierno avanzaba en dirección contraria. En efecto, en diciembre de 2014, expidió

el Decreto 2691. Con el pretexto de cumplir el mencionado fallo de la Corte Constitucional que ordenaba al gobierno lograr acuerdos con las autoridades locales antes de aprobar proyectos mineros que afecten el ambiente, el agua o la salud en los municipios (C-123/14), el decreto esquivo a la Corte, los alcaldes y los concejos municipales, al darles plena discreción al Ministerio de Minas y la Agencia Nacional Minera en este tipo de determinaciones. Y deja al Ministerio de Ambiente como simple ejecutor de la decisión.

Para ello, sostiene que los concejos municipales solo pueden “solicitar” medidas al Ministerio de Minas, que puede o no aceptarlas, aun cuando sean necesarias para proteger el ambiente, el agua o la salud. En mi opinión, esto va en directa contravía de la orden de la Corte de darles a las autoridades locales participación “activa y eficaz” en estas decisiones, como lo exigen las normas constitucionales sobre la autonomía territorial y la competencia de los municipios para regular el uso del suelo. También ignora la mencionada decisión del Consejo de Estado, que suspendió el Decreto 934 de 2013 justamente por haber limitado indebidamente la facultad de los municipios de restringir, incluso excluir, la minería de sus territorios.

El resto del Decreto 2691 parece diseñado para hacer imposible que los municipios puedan presentar siquiera esas tímidas solicitudes. Les exige que realicen y financien los estudios que deben respaldar sus peticiones. Si el Ministerio de Ambiente no tiene la información ni la capacidad para hacer los complejos estudios geológicos, hidrológicos, de salud pública, etc., que son necesarios para precisar los impactos de una mina de oro o carbón, ¿cómo se espera que los tengan los municipios? Si esto no fuera obstáculo suficiente, impone un tiempo récord de tres meses para someter y sustentar las solicitudes.

Finalmente, el Ministerio de Minas puede rechazar las solicitudes alegando detalles formales, o denegarlas invocando “el fortalecimiento económico y social del país” o el “aprovechamiento eficiente” de los recursos naturales, sin que medie la participación del Ministerio de Ambiente o las corporaciones autónomas regionales, lo cual desconoce abiertamente la legislación sobre el sistema nacional ambiental.

Así llegamos al momento actual, que muestra un empate técnico entre lo constitucional y lo real, entre la jurisprudencia y la regulación. Mientras que los primeros no solo protegen, sino que promueven la democracia ambiental, los segundos la obstaculizan.

Como lo intenté mostrar a lo largo de la ponencia, en este dilema se encuentra una de las nuevas fronteras del constitucionalismo. Y la posibilidad de resolver las contradicciones que nos advertía García Márquez hace ya dos décadas.



Referencias Bibliográficas

Ebbesson, J. (2009). *Participatory and Procedural Rights in Environmental Matters: State of Play*. Estocolmo: Stockholm University.

Fraser, N. (2008). *Escalas de la justicia*. Barcelona: Herder.

García Márquez, G. (1994). *Por un país al alcance de los niños*. En: <http://www.elespectador.com/noticias/cultura/un-pais-al-alcance-de-los-ninos-articulo-487676>.

Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. (2005). The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, 68:15-61.

Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2014). “Los derechos humanos y el medioambiente”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Doc. A/HRC/25/L.31.

Rodríguez Garavito, C. (coord.). (2011). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

____ (2013). *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.

____ (2014). “¿Quién decide sobre la minería?” En: <http://www.elespectador.com/opinion/quien-decide-sobre-mineria-columna-479969>.

____ (2014). “El agua y la Procuraduría”. En: <http://www.elespectador.com/opinion/el-agua-y-procuraduria-columna-485517>.

____ (2014). “Ambientalismo esquizofrénico”. En: <http://www.elespectador.com/opinion/ambientalismo-esquizofrenico-columna-519682>.

____ (2014). “Nueva York: no al ‘fracking’”. En: <http://www.elespectador.com/opinion/nueva-york-no-al-fracking-columna-534011>.

____ (2015). “MinMinas: se acta pero no se cumple”. En: <http://www.elespectador.com/opinion/minminas-se-acata-no-se-cumple-columna-540925>.

Stone, Christopher. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En: *Derecho ambiental y justicia social*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.

Nuevos sujetos de derecho, participación, litigio y justicia ambiental*

*Gregorio Mesa Cuadros***

No podemos enfrentar los problemas
con la misma lógica que los ha producido.

Arturo Escobar

Eso que ustedes llaman petróleo,
para nosotros es la sangre de la Madre Tierra.

Pueblo u'wa

Introducción

Los debates constitucionales requieren la comprensión de las nuevas dinámicas jurídico-políticas sobre los problemas más actuales y sentidos de la sociedad, no solo en el escenario local o nacional, sino también en el internacional y global. La mayoría de las teorías del derecho y los derechos, formuladas, desarrolladas y vigentes en la modernidad parten de supuestos que no reconocen las dinámicas y los cambios culturales (sociales, políticos y jurídicos) que los contextos espacio-temporales brindan al quehacer humano, a partir de la existencia de nuevos conflictos y problemas humanos.

La conflictividad de los tiempos contemporáneos requiere respuestas adecuadas desde el derecho y la política. El constitucionalismo de comienzos del siglo veintiuno deberá dar cuenta de ello. En este escrito, consideramos pertinente que ello sea así, desde una nueva teoría del derecho, los derechos, la justicia y el Estado en perspectiva neoconstitucional, que precise nuevos sujetos de derechos y las formulaciones básicas de una nueva teoría de la justicia, donde el paradigma ambiental oriente la idea de sujetos, nuevas temporalidades y nuevas territorialidades para la vigencia y protección efectiva de todos los derechos.

* Este escrito recoge en lo sustancial lo presentado como comentarista en el panel “Participación y litigio en temas ambientales” en el Encuentro Constitucional por la Tierra (Ibagué, septiembre 19 de 2014).

** Abogado, magíster y doctor en Derecho. Investigador senior, profesor asociado del Departamento de Derecho y vicedecano académico de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y director del Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (GIDCA), clasificación A de Colciencias. Correo: gmesac@unal.edu.co.



Algunos de los asuntos centrales para la discusión son sobre todo preguntas y no tanto respuestas, pues ellas deben ser resultado de diálogos, polilogos y multilogos de saberes diversos de lo que debería ser una perspectiva neoconstitucional por la Tierra, que incluya, por supuesto, la participación y el litigio a favor de los derechos de la Madre Tierra, pues de ella surgirán los demás derechos ambientales.

El escrito lo hemos agrupado en tres partes. Una primera sobre la necesidad de reconocimiento de la conflictividad contemporánea para la incorporación en el debate público sobre nuevos sujetos de derechos. Una segunda sobre análisis del conocimiento nuevo y alterno para saber, conocer, decidir y ejercer poder como eje de los principales debates actuales alrededor de la materia. Y una tercera con algunas propuestas para la tramitación jurídico-política de la conflictividad desde el paradigma ambiental y una teoría de la justicia para abordarlo.

1. Reconocimiento de la conflictividad ambiental y los nuevos sujetos de derechos

La práctica gubernamental, apoyada por ciertos sectores, insiste en afirmar que somos diversos en la naturaleza y en la cultura. Esto, que es cierto, puede ser perverso cuando en escenarios de carácter local, regional, nacional, internacional o global, el Estado en sus diversas expresiones del poder desconoce que además de ello somos, según el *Atlas de Justicia Ambiental* de marzo de 2014, el segundo Estado con los mayores conflictos ambientales en el mundo, después de India, que cuenta con 1.250.000.000 de habitantes y nosotros solo 50, es decir, 25 veces menos habitantes, pero proporcionalmente muchos más conflictos *per cápita*.

La historia del derecho ambiental del mundo puede ser vista como la historia de la apropiación de la naturaleza en la cual encontramos dos grandes dimensiones. De una parte, la lucha de pueblos y sociedades que resisten al embate de quienes desean apropiarse de lo que no es de ellos y, de otra, la historia de la negación por parte de estos apropiacionistas.

El origen del derecho ambiental es precolombino y no solo eurocéntrico moderno. Las culturas y comunidades ancestrales resisten y defienden proactivamente los derechos de la Madre Tierra, justo desde la llegada del conquistador.

La Corte Constitucional colombiana está construyendo conocimiento útil y pertinente. Ojalá en unos pocos años no tenga que estar en La Colosa en Cajamarca tratando de resolver algunos de los problemas resultados de la extracción aurífera, sino todo lo contrario, visitando una zona rica en agua y con campesinos dignos produciendo alimentos sanos para ellos, para la región, el país y el mundo.

2. Conocimiento nuevo y alterno para saber, conocer y ejercer poder ambiental para decidir o la desmitificación del conocimiento científico moderno

El cinismo y las falacias que el poder estatal y empresarial (como también el pretorial), así como parte de una academia que produce conocimiento para acompañar a estos poderes, requiere generar conocimiento alterno para precisar claramente lo que somos hoy y lo que deberíamos ser en el futuro como Estado y sociedad. Si los límites ambientales hoy son una ficción legal, lo es sobre todo porque se han convertido en meras autorizaciones para que las nuevas formas de apropiación de la naturaleza, incluido el neoextractivismo, actúen sin control. Lo anterior solo significa que la naturaleza, que ha sido usada a lo largo de la historia humana, en el último tiempo adquiere dimensiones extraordinarias asociadas al mal uso, y por ello se requiere la construcción de nuevas formas de conocimiento y la necesidad de concretar diálogos de saberes, haberes y poderes como reto, tanto al supuesto único saber, el de los científicos, como a la justicia constitucional, desde una teoría de la justicia ambiental (en estricto sentido), conectada, por ejemplo, a la protección efectiva de los derechos ambientales de todas y de todos, incluso desde saberes propios, justicias propias, justicias comunitarias o justicias alternativas.

No se puede desconocer que la *globalización corporativa* contra los derechos ambientales impone los intereses de las corporaciones y empresas nacionales y transnacionales, pero no así sus responsabilidades; peor aún, proliferan en los últimos años regulaciones voluntarias como responsabilidad social empresarial o corporativa y los jueces constitucionales incluso afirman que las empresas tienen 'derechos fundamentales' con la paradoja que en otras decisiones afirman que algunos humanos o comunidades humanas en ciertos casos no tienen determinados derechos fundamentales. Ello es así, además, porque el derecho moderno y contemporáneo solo acepta que son derechos unos cuantos, los de individuos de ayer, pero no otros, los de hoy y los de mañana. Por ello no acepta los derechos ambientales como verdaderos derechos y puede ser la teoría que en lugar de avanzar en la aplicación del principio de progresividad de los derechos, es su respuesta desde el antiprincipio de la regresividad material de los derechos y la impunidad ambiental.

Por ello, aquí se evidencian también las asimetrías entre el poder de unos Estados, el de las empresas y la incapacidad de otros Estados¹ de controlar a esas empresas que además promueven la disminución del ya limitado estándar ambiental de las normas internas, promoviendo solo directrices voluntarias y

¹ *Soberanía estatal sobre el ambiente en su territorio: teoría general del patrimonio estatal como ficción jurídica* a partir de la Declaración de Río 1992 y la Convención de Biodiversidad, donde se afirma que "los recursos genéticos –que están contenidos en recursos biológicos– pertenecen a los Estados donde se encuentran".



una ficticia responsabilidad social empresarial, eludiendo responsabilidades extraterritoriales, a pesar de ser empresas transnacionales.

Tal asimetría es extrema cuando su poder se ejerce sobre pueblos, sociedades y comunidades tradicionales rurales y urbanas marginadas. Pero ella solo puede ser ejercida porque hay una teoría del derecho y de negación de los derechos y la injusticia que la soporta y, paradójicamente la academia y la universidad no escapan a ello, pues usualmente es el escenario donde se desarrolla buena parte de la tecnociencia y el tecnoentusiasmo depredador y contaminador. Además, es en las Facultades de Leyes o Derecho donde se produce y difunde ese pensamiento como la única verdad a seguir, como lo atestiguan Salamanca y las universidades españolas en el siglo XVI con Ginés de Sepúlveda y las justas causas de guerra contra los indios; las inglesas del siglo XVII de Locke y su teoría de la apropiación ilimitada contra los ‘salvajes indios de Norteamérica’ que no saben aprovechar la tierra y por ello el “civilizado” inglés puede apropiársela; las francesas del siglo XVIII y comienzos del siguiente con el Código Civil francés de 1804 y la generalización de la apropiación privada individual y la negación de la propiedad común o colectiva comunitaria como la ‘real tragedia de los comunes’; o las alemanas en el siglo XIX y las estadounidenses y otras del norte global en el XX y el XXI de Hayek, Nozick, Hardin, Larry Summers y su memorando tóxico que promueve la exportación de la contaminación al país de coste mínimo o teorías más recientes, el ‘ecologista escéptico’ como expresión de nuevos racismos y discriminaciones territoriales, de género, raciales, étnicas, climáticas y ambientales.

La academia, los agentes gubernamentales, pero también los jueces constitucionales pueden cumplir una tarea muy importante para que el nuevo poder de los de abajo, los del sur global, ejerzan proactivamente sus conocimientos tradicionales o sus nuevos conocimientos y el mito del saber científico se deleve y se desnude como lo que es, no la verdad, ni la única verdad, sino solo otra forma de conocer que debe dialogar con otros saberes en equidad de condiciones. Solo así estaremos facilitando el surgimiento y presencia de poderes y contrapoderes que potencien la participación que facilita que la ‘democracia de baja intensidad’ se convierta en democracia intercultural y la nueva ciudadanía ambiental sea no solo de unos cuantos humanos, sino de todos ellos, presentes y futuros y los sujetos no humanos que seamos capaces de conceptualizar, fundamentar y ganar en los escenarios jurídico políticos públicos correspondientes, empezando por los derechos de la Madre Tierra².

2 *Democracia ambiental y Responsabilidad estatal*: se debería promover la exigibilidad de diligencia debida en materia ambiental como conducta previsible por los Estados y los riesgos injustificados a que someten a poblaciones y a elementos del ambiente específicos. Los Estados deben tomar medidas adecuadas de protección de los derechos ambientales y los afectados por las decisiones estatales requieren indemnizaciones y compensaciones, además de la aplicación del principio de prevención ambiental, junto al de precaución ambiental, para evitar daños en el ambiente y en los derechos de los más vulnerables, especialmente, pueblos, sociedades y comunidades tradicionales rurales y urbanas marginadas; aspecto que además debe implicar responsabilidad internacional por parte de los Estados por violación del derecho internacional.

Comprender la complejidad, integralidad y globalidad ambiental en la historia y hacia el futuro, sus interrelaciones e interdependencias, pasa necesariamente por revisar muchos de los presupuestos teóricos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales al uso por quienes tienen el poder y la capacidad de decir el derecho, la justicia y los derechos.

Se requiere mucho esfuerzo y precisiones teóricas, conceptuales y de fundamentación de los derechos en perspectiva ambiental que permitan el tránsito sustancial de la retórica del desarrollo sostenible, la participación disminuida, el saber de supuestos expertos con conocimiento preordenado por intereses crematísticos y no vitales a nuevas teorías del derecho, los derechos, la justicia y el Estado. Como juristas ambientalistas, deberíamos confrontar a los “ecologistas escépticos” del Estado, las empresas y los particulares, que todavía creen que es posible “desarrollarse” o crecer a costa de la depredación, la contaminación y la indignidad ambiental.

Debates como la consulta previa con consentimiento previo, libre e informado, como derecho de todos y de todas, pero reforzado de manera especial para pueblos y sociedades étnicas y campesinas y urbanas marginadas, debería ser una primera consideración de este neoconstitucionalismo, donde además se refuerce el carácter público de la información ambiental, que se produce, socializa y difunde en interés público y no privado o crematístico.

Estas primeras consideraciones deberían disminuir el número de litigios ambientales y, quizás, la disminución de los abogados. Con certeza que la conflictividad y los problemas ambientales persistirán por mucho tiempo, pero deberíamos caminar a su trámite por otras vías, donde los derechos ambientales serían el pensamiento y la acción humana presente y futura.

La tarea de la academia y de las y los juristas que nos movemos en ello es complejizar el debate sobre lo ambiental, precisar conceptualmente qué significa y desde qué teorías se leen los conflictos y problemas ambientales. Después de más de cinco décadas, las visiones sectoriales persisten e insisten en la degradación de lo que llaman *recursos naturales* y no permiten transitar hacia la integralidad, la sistemicidad y la globalidad. Esto no permite superar las visiones ‘medioambientalistas’ y concretar visiones ‘ambientalistas’ en estricto sentido. Por ello, no se puede pasar del ‘derecho medioambiental’ al ‘derecho ambiental’, porque el ambiente, entendido por los que dicen lo que debe ser el derecho y los derechos, solo lo ven como partes y pedazos de la naturaleza, solo ‘recursos naturales’ a ser ‘explotados’ o extraídos, deteriorados y contaminados y no el ambiente en su integralidad para la vida, el uso con cuidado, el bien común y su conservación para todas y todos, incluidas las generaciones de humanos y no humanos presentes y futuros.

Por lo anterior, para precisar de forma conceptual de qué estamos hablando, deberíamos jurídica y políticamente superar tales visiones sectoriales por



visiones integrales. Por tanto, decir ‘medioambiente’ es distinto a decir ‘ambiente’, ‘media tierra’ a ‘toda la Tierra’; ‘energía fósil’ a ‘sangre de la Tierra’, Ministerio del Medio Ambiente a Ministerio del Ambiente; PNUMA a PNUA, ‘legislación medioambiental’ a ‘derecho ambiental’, ‘servicios públicos’ a ‘servicios privados’, ‘necesidades básicas’ a ‘preferencias y deseos’, ‘migrante’ a ‘desplazado ambiental’, ‘explotación de recursos naturales como boom’ a ‘uso cuidadoso del ambiente’, ‘cambio climático’ a ‘variabilidad climática’, ‘responsabilidad social empresarial’ a ‘responsabilidad y deber u obligación ambiental’, ‘servicios medioambientales’ a ‘funciones ecosistémicas’, ‘espacio’ a ‘territorialidad’, ‘ecosistemas estratégicos’ a ‘ecosistemas esenciales para la vida’, ‘parques o territorios sin gente’ que ‘parques o territorios con la gente’, “naturaleza prístina o intocada” a ‘naturaleza con cultura’; en últimas, indicar qué pensar, decir y actuar en la ‘litigio estratégico para la acumulación’ a ‘litigio esencial para la defensa de la vida y los derechos ambientales y de la Madre Tierra’.

Igualmente, no hay que confundir al sujeto de derecho (la ecósfera, naturaleza o ambiente) con la disciplina que lo estudia, o al ‘abogado medioambientalista o antiambientalista’ con el ‘abogado ambientalista’, porque el primero siempre verá a la Tierra o naturaleza como mero medio o instrumento de los fines de unos cuantos humanos. Como afirma Rodríguez (2014), las nuevas fronteras de la justicia constitucional requieren precisar tanto quién es sujeto como quién decide sobre quién es sujeto.

En estos debates el papel de pueblos y comunidades tradicionales y campesinas, así como urbanas marginadas y ecologistas y ambientalistas, junto con nuevos movimientos sociales y populares, y profesionales y academia sensible y sensata, proponen y defienden proactivamente otros mundos posibles más allá del agenciado por el pensamiento hegemónico unidimensional, reclamando las compensaciones por las deudas ambientales históricas para sanar las heridas de la Madre Tierra. Los generadores de tales heridas y deudas deberían compensar y no socializar los pasivos ambientales no mitigados o restaurados.

3. Necesidad de la tramitación jurídico-política de la conflictividad desde un neoconstitucionalismo ambiental

- a. *Múltiples posibilidades jurídico-políticas de la participación política y jurídica*
 - 1) Potencialidad de los estudios de caso y el compartir experiencias sobre qué se demanda y qué pretensiones jurídicas se demandan y cómo se exige la reparación de los daños causados a la naturaleza y a las culturas, además de la sistematización de lecciones aprendidas a socializar con otros y otras.
 - 2) Potencialidad de la acción colectiva y comunitaria desde los territorios y las alianzas con otros actores estatales y no estatales, desde nuevas

formas comunicativas (incluyendo las posibilidades que presentan las nuevas tecnologías y las redes sociales) para incidir en la toma de decisiones.

- 3) Uso del derecho de manera alternativa, pero comprender que no todo termina resuelto por el derecho y la judicialización de los asuntos públicos. Por ello, persiste la reivindicación y lucha por los derechos y por los nuevos sujetos de derechos y por asegurar su garantía y protección efectiva.

b. *Limitaciones de algunos de tales mecanismos para concretar reparaciones*

Tal es el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana, para quienes, a pesar de tener sentencias a su favor, tales decisiones no logran convertirse en protección efectiva y material de derechos, y por ello, la injusticia ambiental persiste, incluso frente a decisiones judiciales limitadoras de algunos derechos como la Sentencia de la Corte Constitucional C-123 de 2013 que indicó que las localidades no pueden excluir zonas para la minería, u otras más protectoras, como la ‘suspensión provisional’ decretada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 3 de septiembre de 2014, por ello implica estar alertas, pues podrían convertirse en definitivas las decisiones que desconocen derechos.

Igualmente, las reparaciones integrales por los daños generalizados por la arquitectura global de la impunidad corporativa apoyada por sus Estados Nación, impiden la configuración de precedentes judiciales concretos que, sumados a la reacción del ejecutivo o el legislativo, limitan, cuando no hacen nugatoria o eliminatoria, la posibilidad de concretar los derechos que seguramente el juez logró reconocer.

c. *Persistencia de potencialidades en la participación ambiental y defensa de los derechos*

A pesar de ciertas potencialidades desde algunas subdisciplinas del derecho, existen serios problemas desde otras legislaciones que también inciden en la desprotección del ambiente y los derechos ambientales, especialmente porque la limitada capacidad institucional (incluida la memoria institucional) permite que otros (unos pocos) sean los que decidan sobre la vida y la dignidad humana y ambiental. Lo contrario es reforzar o potenciar poderes de intereses privados (incluyendo las diversas ilegalidades materiales y no solo formales de las empresas privadas o públicas transnacionales y nacionales) por sobre el papel del poder estatal y de la sociedad, que trabajan y deben trabajar para concretar los deberes constitucionales asociados a la protección del ambiente y los derechos ambientales.

Por todo lo anterior, una perspectiva neoconstitucional por la Tierra, en cualquier caso, debe pasar por el reconocimiento explícito jurídico-político constitucional de los derechos del ambiente, la naturaleza, la ecósfera o la Madre Tierra y



las consiguientes medidas, instrumentos y acciones para su materialización efectiva. Este es un tema en el que las sociedades tradicionales étnicas y campesinas rurales, así como las urbanas marginadas, las organizaciones sociales, la academia y los jueces, jugamos un rol fundamental e incluso, si el legislador formal no lo hace, desde el más chico hasta el máximo tribunal constitucional colombiano debería incorporarlo como un reto a seguir y concretar en sus decisiones para resolver el déficit de derechos y de dignidad con la Madre Tierra, de la cual dependen todos los demás derechos, como muy bien nos lo recordó el mamo Arwa Viku.

Pero ¿qué es el derecho de participación ambiental y cuáles son los retos, dificultades y materializaciones en el presente y para el futuro? Mucho se ha hablado de ello y los conferencistas han dado buenas razones para comprender tal dimensión, que supere tanto los formalismos de unos, los cinismos de otros, pero también y muy especialmente las luchas, reivindicaciones y demandas de la persistente exigencia de pueblos y sociedades tradicionales étnicas y campesinas recolectoras, agricultoras y pescadoras rurales y las comunidades urbanas marginadas (recicladores y agricultores urbanos, entre otras y otros), organizaciones de mujeres, de juventudes, ambientalistas y ecologistas, y demás organizaciones de la sociedad civil, la academia sensata y los jueces de la república.

a. *¿Cuál es el estándar ambiental a seguir?*³

Precisar cuáles son los límites y no solo las autorizaciones entendidas como licencias antiambientales, con certeza no serán los que resulten del *licenciamiento exprés oral a la carta* de las empresas privadas transnacionales y nacionales (y una que otra del Estado). La olla a presión de la conflictividad y las problemáticas ambientales estallará bajo nuevas y antiguas formas reconfiguradas. Por ello, el juez constitucional, siguiendo estándares ambientales más exigentes, como lo vienen demandando pueblos y comunidades tradicionales y sectores populares, debería precisar esos límites que indican qué, en qué tiempo y en dónde no se puede apropiar. Este estándar orientaría la justicia ambiental que contiene la justicia hídrica, energética, alimentaria y climática, desde huellas ambientales sensatas y razonables.

b. *¿Cuál es el papel de los jueces, incluidos los tribunales constitucionales?*

Es reconocido el limitado alcance, por desconocimiento o conocimiento inadecuado de los asuntos ambientales, y su complejidad para ser asumidos

3 ¿Qué hacer frente a la reducción del limitado estándar ambiental que hoy tenemos? Ya se volvió a autorizar Cerromatoso, La Loma, El Cerrejón, ¿qué pasará con La Colosa, Santurbán? Algunos piden reformar lo que existe. Desde hace algunos años venimos insistiendo en los riesgos que ello implica, y la reducción del poco estándar ambiental que tenemos si no lo hacemos con cuidado y conocimiento.

tanto por los jueces, como por buena parte de los litigantes y la comunidad en general⁴.

¿Qué tipo de profesionales de diversas áreas, de abogados y jueces, y demás funcionarios públicos requiere una sociedad con serios problemas y conflictos ambientales generalizados, graves y globales? Para la protección de la vida en su doble dimensión, la ecosistémica y la cultural, o para la promoción y persistencia de visiones crematísticas basadas en la tecnociencia y el tecnoentusiasmo que limita las posibilidades de producir y concretar conocimiento alterno, pertinente, útil, diferente y novedoso, y sobretodo, elimina de plano el conocimiento y papel de los saberes tradicionales que con su horizonte de ‘sentido común’ y que podrían ayudarnos a comprender la complejidad del mundo y de la vida. Aquí encaja claramente el ejemplo de la ‘nevera U’wa’ que puede ser la mejor expresión de lo que Daly nos indicó en el principio ambiental de ‘selección sostenible de tecnologías y que los tecnoentusiastas insisten en el uso de la energía fósil, los agrocombustibles o el *fracking*⁵.

c. La justicia ambiental como concreción de la dignidad ambiental (tanto ecosistémica como cultural)

Preguntarnos qué está haciendo el poder legislativo, ejecutivo y el judicial y el papel que cada uno de ellos puede jugar en la materialización de ideas de justicia, implica requerir por la independencia de cada uno de ellos, pero especialmente del poder judicial. Este aspecto debería ser uno de los principales elementos de la justicia ambiental, que no dependa de las presiones gubernamentales y de los legisladores formales y materiales, que a su vez usualmente representan los intereses privados del empresariado nacional y transnacional, que reduce el estándar ambiental existente (que incluso

4 La propuesta de crear tribunales o salas especializadas en asuntos ambientales ha rondado debates jurídicos desde los años setenta, especialmente con la acogida de los principios ambientales formulados en la Cumbre de Estocolmo 1972 y, posteriormente, en la Cumbre de Río 1992. Por su parte, en 1993 se crea la Sala Ambiental de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la cual desde 2006 no cuenta con magistrados asignados para tal fin.

5 El papel del derecho y la jurisprudencia alterna requiere superar visiones jurídicas y técnicas, incluso de otras disciplinas, que reducen o simplifican la complejidad ambiental, por ejemplo, de jueces que solo declaran formalmente los derechos (algo que formalmente ya había hecho el legislador) a jueces que hacen lo que les corresponde para materializar y hacer efectivos los derechos y; pasar de “lo que no está prohibido está permitido” a, “no todo lo que esté expresamente autorizado es legal y sobre todo, legítimo, ambientalmente hablando”, ello indica que no todo está permitido, no todo es apropiable privadamente, por ejemplo los bienes comunes estatales. El papel de los y las jueces para dinamizar las normas y hacerlas decir algo nuevo, implican necesariamente nuevas reconceptualizaciones sobre lo que es el derecho, el Estado y los derechos, como el reto y el desafío central que supere la formalidad legal y avance a la justicia material. El papel del juez constitucional debería profundizar en el reconocimiento, ya sea por vía de examen de constitucionalidad o por vía de tutela, que el deterioro ambiental, fruto de violación a los derechos ambientales, conlleva afectaciones a otros derechos que como la vida, la salud, la cultura o la propiedad colectiva o individual, están íntimamente relacionados e interconectados, por lo que el acceso a la justicia ambiental, la participación, publicidad e información ambiental es vital para la adecuada toma de decisiones tanto estatales como no estatales, en orden a cumplir con las garantías constitucionales asociadas al derecho a gozar de un ambiente sano y todos los demás derechos ambientales para las generaciones actuales y futuras de humanos y no humanos de nuestro país y del planeta Tierra.



con un poder ejecutivo pseudoambiental contrata abogados expertos de transnacionales mineras para que terminen haciendo códigos mineros como en los casos de Colombia y Honduras) y proponiendo reformas legales que buscan llevar a su mínima expresión la posibilidad de concreción de la protección de los derechos ambientales y revictimización de los afectados y contaminados, a quienes además se les acusa de ser los principales responsables del deterioro, los pobres o el hecho de que haya mucha gente.

De otra parte, la puerta giratoria en cuestiones ambientales se torna cada vez más generalizada e insoportable cuando los agentes privados llegan a la disminuida institucionalidad pública a defender intereses privados, otorgan licencias a granel y después vuelven a sus empresas de origen a desarrollar los proyectos que como funcionarios autorizaron sin el lleno de los requisitos básicos de un estándar ambiental razonable. En un estudio que hicimos hace unos años sobre el proceso de licenciamiento ambiental en Colombia, encontramos que la institucionalidad ambiental nacional es precaria, cuenta con muy pocos funcionarios de planta y la gran mayoría son contratistas y dentro de ellos algunos trabajaban en la mañana para el Ministerio y en la tarde para las compañías que estaban solicitando licencias ambientales. Por todo lo anterior, y por otros asuntos de mayor complejidad en el deterioro y contaminación ambiental, los pasivos ambientales generados en las últimas décadas son una de las deudas ambientales contraídas y no pagadas, compensadas, mitigadas o restauradas en Colombia.

d. *Pedagogía de los derechos ambientales: tres asuntos*

1) *¿Qué teorías enseñamos a los y las abogadas hoy, y qué en unos años?*

Las teorías que enseñemos hoy o en unos años, décadas o centurias, serán las que esos estudiantes convertidos en abogados y abogadas defenderán como agentes del Estado, incluyendo las autoridades ambientales o como defensores de empresas o de comunidades, o como jueces o magistrados, quizás de tribunales constitucionales.

2) *Reconocer casos emblemáticos no debería servir para desconocer otros menos conocidos o estudiados*

Destacar casos como el de los u'wa, los emberá katio del alto Sinú, La Colosa, Santurbán, el Quimbo, entre otros, no implica olvidar o desconocer el de los recicladores de Bogotá, Popayán o Ibagué, o los habitantes de los barrios de los cerros orientales de Bogotá o de las ciénagas del Magdalena Medio, los desplazados ambientales por los agrocombustibles en lo rural, y los megaproyectos industriales y viales, urbanos y rurales. Pero tenemos que aprender y reaprender enseñanzas de otros casos como algunos del ámbito interamericano: los Inuit vs. Canadá y Estados Unidos, los Tule de Panamá contra la represa Barro Blanco (prefigurado además como un proyecto basado en Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL)), el pueblo xákmok kasek vs.

Paraguay (2010), mayagna (Sumo) awas tingni vs. Nicaragua (2001), el pueblo saramaka vs. Suriname (2007), pueblo sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), pueblo kichwa de sarayaku vs. Ecuador (2012), hul'qumi'num vs. Canadá o el pueblo del Distrito de Toledo vs. Belize (2004) son ejemplos paradigmáticos de las luchas y reivindicación de derechos colectivos y ambientales a favor de pueblos, sociedades y comunidades tradicionales rurales en defensa del ambiente y sus derechos territoriales y ambientales.

A nivel global los casos también son ejemplarizantes: Vedanta y extracción de bauxita en Orissa (India) en territorio de los pueblos dongria kondh y kutia, los ogoni en Nigeria y diversos pueblos indígenas y tribales en Sudeste Asiático y Australasia, incluyendo este año las sanciones del Tribunal Nacional de Papúa Nueva Guinea contra la empresa Ok Tedi Mining (filial de BHP Billiton) para que cesara vertimientos de desechos mineros y residuos en un río cercano de un pueblo indígena.

Por su parte, pueblos, sociedades tradicionales y comunidades organizadas con el apoyo de ecologistas y ambientalistas defienden territorios, bosques, suelos, aguas y demás elementos del ambiente pensados como bienes comunes a usar con cuidado, y no a la manera como las empresas lo vienen haciendo. En ello son claves las prácticas de sociedades tradicionales a lo largo y ancho del globo.

E. Ambiente, conflicto y posconflicto

El ambiente es uno de los actores más degradados y deteriorados en escenarios de conflictos armados, pero los acuerdos de paz de guerras interestatales y de conflictos internos y los períodos posteriores también han mostrado cómo el ambiente puede resultar más deteriorado en períodos de posconflicto o guerra, pues para resolver los problemas que la guerra generó, los Estados, los gobiernos y las sociedades flexibilizan los estándares ambientales a efectos de las reparaciones de la misma guerra y procesos de desarrollo se convierten en mal-desarrollo con nuevas extracciones y apropiaciones, que son a su vez causa de nuevos conflictos y problemas ambientales que requieren ser atendidos. Por lo anterior, la participación activa y decisoria de los pueblos, comunidades y organizaciones de la sociedad civil en los territorios son parte vital de cualquier proceso que se pretenda cercano a la idea de democracia y nueva ciudadanía ambiental para el presente y el futuro.

Para cerrar, consideramos esencial promover los siguientes asuntos:

1) Pedagogía constitucional

Hay múltiples maneras de hacerla, una de ellas es el estudio, valoración y socialización de lo decidido en sentencias y autos emblemáticos. Otra, es el aprendizaje y las experiencias compartidas en este *X Encuentro Constitucional por la Tierra*. He aprendido mucho, comparado con lo poco que haya podido dar,



por ello, gracias de nuevo a la Corte y a su presidente por permitirnos estar en el papel de estudiantes que aprenden de otros y con otros para contribuir a construir conocimiento útil y pertinente para ayudar a resolver problemas y conflictos humanos desde el derecho ambiental.

2) Participación y litigio ambiental

A pesar de las dificultades y complejidades, a comienzos de septiembre de 2014 la Sección Tercera del Consejo de Estado (CP. Hernán Andrade), máxima autoridad judicial en lo contencioso administrativo, suspendió provisionalmente el Decreto 134 de 203 al violar el principio de autonomía territorial, ya que vulneraba, entre otros principios, el de autonomía territorial en cabeza de municipios, pues a su juicio:

(...) no existe duda del impacto que la actividad minera puede tener en la función de ordenamiento del territorio y en la reglamentación de los usos del suelo por parte de los Concejos municipales y distritales. [Por ello] excluir de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza o no una exploración o explotación minera contraría el principio de autonomía territorial, específicamente la garantía de gobernarse por autoridades propias y la función de los concejos de reglamentar los usos del suelo, [así como] la imposibilidad de excluir zonas del territorio municipal de la exploración y explotación minera, priva a las autoridades locales de la posibilidad de decidir sobre la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesorio o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital.

3) Nuevas teorías alternas en derechos

Reconociendo que no todo debería pasar por las vías judiciales, porque la democracia ambiental debería ser el resultado de la acción política y ética, además de la jurídica, bien usada y creativamente formulada y defendida, no está de más el llamado e insistencia en la necesidad de una nueva teoría de los derechos y la justicia ambiental y la demanda por una nueva forma Estado, el Estado Ambiental de Derecho, a partir de una idea de derechos ambientales, no solo como normas y facultades propias de los sujetos humanos y no humanos, sino también como procesos de lucha, reivindicación y concreción que si se ganan al poder serán la 'ley del más débil' que triunfa contra el más fuerte (siguiendo a Ferrajoli), pero que no siempre se gana. Por lo tanto, el proceso sigue y es de largo aliento para seguir peleando y defendiendo los derechos.

Esa nueva teoría del derecho, los derechos y la justicia en perspectiva ambiental deberá contener por lo menos tres condiciones básicas para complementar las luchas sociales y políticas de los nuevos tiempos y tomar decisiones en casos específicos de injusticia ambiental:

- Una nueva *idea de sujetos*, a partir de lo humano, todos los humanos son sujetos de derecho materialmente.
- Una nueva *idea de temporalidad* en los derechos, donde los derechos tanto de humanos como de no humanos, lo sean desde ya de esos sujetos presentes como futuros cercanos y lejanos.
- Una nueva *idea de territorialidad*, donde los derechos son, se pelean y se defienden no solo en algún Estado/Nación, sino en el escenario global y ecosférico, pues el Estado/Nación se ha convertido en el escenario de las nuevas discriminaciones y exclusiones y en la *guarida* de los neodelincuentes globales de las corporaciones nacionales convertidas en transnacionales, quienes aceptan parcialmente los estándares en sus Estados/Nación metropolitanos, pero violan sistemáticamente los estándares ambientales globales o nacionales en los territorios, ambientes y comunidades de otros pseudoestados/Nación en sus niveles veredal, local, municipal, regional, nacional, internacional y global.
- Y son especialmente las poblaciones, donde la riqueza ecosistémica está, las que luchan por sus derechos, aunque después otros les acompañemos y sigamos sus pasos. Por ello, una nueva comprensión del derecho indica que si, el Derecho Civil fue el derecho vigente y organizador del sistema jurídico en el siglo XIX, y el Derecho Constitucional el derecho del siglo XX, intuimos que el Derecho Ambiental puede ser la disciplina jurídica a tener en cuenta en las orientaciones de todos los sistemas jurídicos y políticos en el siglo XXI, especialmente por su carácter dinámico, integral, globalizante, sistémico y complejo. Todas y todos los aquí presentes, comunidades, organizaciones, estudiantes, abogados, académicos y jueces deberíamos avanzar en ello. Lo demandan los sujetos de derechos ambientales de humanos y no humanos presentes y futuros y, sobre todo, lo reclama la Madre Tierra.

Bibliografía

Commoner, B. (1992). *En paz con el Planeta*. Barcelona: Crítica.

Conca, K., & Dabelko, G. (2010). *Green Planet Blues. Four Decades for Environmental Politics*. Boulder: Westview Press.

Daly, H. E. (comp.). (1989). *Economía, ecología, ética. Ensayos hacia una economía en estado estacionario*. México: FCE.

De Souza Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Siglo XXI.

Dobson, A. (1997). *Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI*. Barcelona: Paidós.



Doherty, B., & De Geus, M. (1996). *Democracy and Green Political Thought. Sustainability, rights and citizenship*. London/New York: Routledge.

Escamilla, M., & Saavedra, M. (eds.). (2005). *Law and Justice in a global society, International Association for philosophy of law and social philosophy*. Granada: Universidad de Granada.

Fajardo, P. (2014). *Violaciones de los derechos humanos y acceso a la justicia para las víctimas de Chevron en Ecuador*. Ibagué.

Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.

Fraser, N. (1997). *Iustitia interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.

Londoño Toro, B. (2014). *Participación y litigio en temas ambientales*. Ibagué.

López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel.

Mesa Cuadros, G. (2001). *Ambiente y derechos: tendencias actuales en ética, política y derechos ambientales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Mesa Cuadros, G. (2007). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamento de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el 'Estado Ambiental de Derecho'*. Bogotá: UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia.

Mesa Cuadros, G. (2014). Ambiente, negociación y postconflicto. En: *UN Periódico* 174, febrero, p. 5.

Mesa Cuadros, G. (ed.). (2012). *Elementos para una teoría de la Justicia Ambiental y el Estado ambiental de Derecho*. Bogotá: Unijus/Universidad Nacional de Colombia.

Nussbaum, M. (2006). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

Oliveira do Prado, R. (2011). La ecologización de la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XI México: UNAM, pp. 45-76.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. Madrid: FCE.

Rodríguez Garavito, C. (2014). *Derecho a la participación y medio ambiente: análisis constitucional comparado de las consultas populares en materia ambiental*. Ibagué.

Sen, A. (2010). *Una idea de la justicia*. Madrid: Taurus.

Serres, M. (2004). *El contrato natural*. Valencia: Pretextos.

Shelton, D. (2010). Derechos ambientales y obligaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (pp. 111-127). *Anuario de Derechos Humanos*.

Stone, C. D. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales (pp. 135-230). *Derecho Ambiental y Justicia Social*. Bogotá: Siglo del Hombre, U. de Los Andes, Instituto Pensar PUJ.

Ulloa, A., & Prieto-Rozo, A.I. (eds.). (2013). *Culturas, conocimientos, políticas y ciudadanías en torno al cambio climático*. Bogotá: Grupo Cultura y Ambiente de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia.

Walzer, M. (1983). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: FCE.





Panel VIII

Protección
constitucional
del ambiente:
tareas pendientes

Protección constitucional del ambiente: tareas pendientes

Gloria Stella Ortiz*

Introducción

La conciencia de nuestra vinculación y dependencia al medio ambiente y la necesidad de asegurar su conservación y sostenimiento, es una tarea cada vez más apremiante en las sociedades contemporáneas, y una responsabilidad que nos compete a todos, a fin de asegurar la vida y los derechos fundamentales básicos de las generaciones actuales y futuras.

Décadas de explotación indiscriminada de los recursos naturales y de la falta de cuidado frente a los ecosistemas derivada de la pretensión de la revolución industrial de subyugar la naturaleza y, más adelante, de asegurar un “progreso” y un “desarrollo”¹ ajenos a las preocupaciones ambientales, ha dado como resultado una relación desequilibrada de los seres humanos con la naturaleza². La complejidad de esta situación ha contribuido a que en espacios urbanos e industriales de países desarrollados y en desarrollo, por ejemplo, sea notorio, a simple vista, en la calidad del aire o de las aguas, el deterioro ambiental producido por los efectos perjudiciales de un crecimiento mal planteado, que cimentado en

* Magistrada de la Corte Constitucional.

1 A partir de 1972, año en el que se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, en Estocolmo, la problemática ambiental se inscribió en la agenda internacional de manera permanente. En general, se considera que la Declaración de Estocolmo es el fundamento del derecho internacional ambiental moderno. Veinte años más tarde, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro y conocida más comúnmente como la *Cumbre de la Tierra*, reafirmó la importancia de analizar los asuntos ambientales, acelerando el proceso de definición, elaboración e implementación de obligaciones y compromisos. Este evento tuvo un efecto catalizador en el desarrollo de la reglamentación internacional.

2 Canosa Usera, R. (2004). Constitución y medio ambiente. Jurista Editores. Pág. 27.



su mayor parte en criterios de orden económico ha afectado la conservación de los ecosistemas y la calidad de vida de los habitantes y de su entorno³.

El producto del desequilibrio que se describe se ha traducido en una multiplicidad de problemas de indiscutible complejidad para las sociedades actuales (contaminación del agua, contaminación del aire, aumento de los niveles de influencia de los mares y su acidificación, pérdida de especies biológicas⁴, *pérdida de ecosistemas, cambio climático, etc.*), los cuales han puesto en entredicho, incluso, la idea misma de sostenibilidad futura de la vida en el planeta. La trascendencia de esta amenaza y de su incidencia en el mundo que conocemos ha contribuido indiscutiblemente a que en las discusiones actuales sobre Derechos Humanos, el medio ambiente, como ocurre en este encuentro, sea claramente uno de los protagonistas.

Transformaciones de orden constitucional tendientes al reconocimiento y protección del medio ambiente⁵ y avances internacionales en materia ambiental⁶ que se ha traducido en tratados multilaterales de diferente orden⁷, han sido las respuestas tradicionales de nuestros países a estas dificultades, desde mediados del siglo XX.

3 *Historia de la ecología y el pensamiento ambientalista*. Universidad Nacional de Colombia. Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales.

4 Mora, C. (2014). Revisiting the environmental and socioeconomic effects of population growth: a fundamental but fading issue modern scientific, public, and political circles. *Ecology and Society*, 19(1): 38. Última revisión: septiembre de 2014. En: <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06320-1901>.

5 La Carta de 1991 le dio una especial importancia a la protección del medio ambiente. En efecto, el artículo 49 obliga al Estado a garantizar la atención en salud y el saneamiento ambiental; el 58 reconoce la función ecológica de la propiedad; el 79 garantiza el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; el 80 impone al Estado la obligación expresa de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños; y el 226 consagra la internalización de las relaciones ecológicas.

6 Uno de los documentos que pretendió crear conciencia en la humanidad sobre la problemática ambiental fue el “Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1987, con la participación de 19 Estados, entre ellos Colombia. Allí se señaló: “A mediados del siglo XX vimos por primera vez nuestro planeta desde el espacio. Los historiadores seguramente podrán considerar que esta visión tuvo un impacto mayor en el pensamiento que el que tuvo la revolución copernicana del siglo XVI. Desde el espacio, nosotros vemos una pequeña y frágil esfera compuesta no por la actividad humana y las construcciones en general, sino por un esquema de nubes, océanos, zonas verdes y suelos. La inhabilidad de la humanidad para coordinar sus actividades dentro de tales esquemas está cambiando radicalmente los sistemas planetarios. Muchos de estos cambios están acompañados de peligros que amenazan la vida. Esta nueva realidad coincide con nuevos desarrollos positivos de este siglo. Desde el espacio, nosotros vemos y estudiamos la tierra como un organismo cuya salud depende de la salud de todos sus componentes”.

7 Declaración de Río, Convenios de Cambio Climático y de Diversidad Biológica. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, el artículo 4 dispone que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. El Convenio sobre la Biodiversidad Biológica precisó que “conscientes de que la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento, para lo que son esenciales el acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías”.

En el caso colombiano, la protección al medio ambiente consagrada en la Carta Política tiene una triple dimensión⁸ que la ha hecho merecedora del apelativo de “Constitución Ecológica”⁹: (i) opera como principio que irradia el orden jurídico, al imponerle al Estado la obligación de proteger las riquezas naturales de la nación (art. 8 C. P.); (ii) reconoce el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (art. 79 C. P.)¹⁰, otorgándoles legitimación para participar en las decisiones que puedan afectarlo; y (iii) establece un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, promoviendo la creación de mecanismos de control y vigilancia en la materia y el establecimiento de políticas públicas de protección¹¹, tendientes a resguardar la diversidad e integridad del medio ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación ambiental, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizar su desarrollo sostenible, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer las sanciones legales y la reparación de los daños¹².

Del mismo modo, la Constitución consagra una serie de mecanismos procesales expeditos para la protección al medio ambiente a los que tienen acceso todas las personas, como son las acciones populares¹³ (en lo que respecta a la garantía específica de protección de ese derecho constitucional como derecho colectivo); o la acción de tutela (cuando hay una relación directa de este derecho con la violación de derechos fundamentales de las personas a la salud, a la vida digna o a la intimidad, entre otros).

La labor de los jueces constitucionales en la protección de derechos fundamentales ha permitido pronunciamientos judiciales en temas ambientales tan variados como, por ejemplo: agua potable y el derecho al agua como

8 Sentencia C-126 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

9 En la Sentencia C-750 de julio 24 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se reiteró: “En Colombia el tema ambiental constituyó una seria preocupación para la Asamblea Nacional Constituyente. En aquel momento, en el que se preparaba la Constitución de 1991, se consideró que ninguna Constitución moderna puede sustraer de su normatividad el manejo de un problema vital, no solo para la comunidad nacional, sino para toda la humanidad” (Cf. Sentencia T-254 de junio 30 de 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell).

10 La Constitución colombiana en su artículo 79 reza lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”. Ver, además, la Constitución Española de 1978, que en el art. 45.1, reconoce “el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”. También ver la Constitución griega de 1975 y la portuguesa de 1976.

11 Artículo 8 C. P.: “Es obligación del Estado proteger las riquezas... naturales de la nación”.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

13 Ver entre otras providencias: Consejo de Estado, Sentencia del 13 de mayo de 2004. M. P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 5 de octubre de 2009, Rafael Ostau de Lafont;



derecho fundamental¹⁴; contaminación electromagnética¹⁵; la tenencia de fauna silvestre en propiedad de particulares¹⁶; derechos de menores en zona de reserva forestal¹⁷; contaminación del aire por la explotación minera y violación de la intimidad¹⁸; contaminación por ruido¹⁹; deberes de los particulares de proteger el medio ambiente²⁰; deber de cumplimiento de decisiones ambientales por parte de autoridades administrativas²¹; problemáticas relacionadas con rellenos sanitarios²²; vertimiento de aguas residuales en bahías²³ y la función ecológica de la propiedad privada²⁴, entre otras.

Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en decisiones de control abstracto sobre la imposibilidad de las autoridades ambientales de sustraer *áreas protegidas de parques naturales*²⁵; sobre la concurrencia de autoridades nacionales y territoriales en el tema de exploración y explotación minera²⁶; sobre la protección de los animales como parte de la naturaleza²⁷ y sobre el principio de progresividad en materia ambiental²⁸, entre muchos otros temas analizados por esta Corporación.

Por su parte, los jueces contencioso-administrativos, a través de los mecanismos de las acciones populares y de grupo, también se han destacado en la expedición

14 Corte Constitucional. Sentencias T-082 de 2013. M. P. Jorge Pretelt Chaljub; T-900 de 2013. M. P. Nilson Pinilla; T- 576 de 2012. M. P. Humberto Sierra Porto; y T-458 de 2011 M. P. Jorge Pretelt Chaljub; T-514 de 2007. M. P. Jaime Araújo Rentería.

15 Corte Constitucional. Sentencias T-1077 de 2012. M. P. Jorge Pretelt Chaljub; T-299 de 2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

16 Corte Constitucional. Sentencias T-760 de 2007; T-608 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-329 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio.

18 Corte Constitucional. Sentencias T-154 de 2013. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. T-213 de 1995. M. P. Hernando Herrera Vergara. T-046 de 1999. Hernando Herrera Vergara. C-339 de 2002. M. P. Jaime Araújo Rentería.

19 Corte Constitucional. Sentencias T-154 de 2013. M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-1033 de 2001.

20 Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2011. M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-851 de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

22 Corte Constitucional. Sentencias T-123 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz; T-257 de 1996 M. P. Antonio Barrera Carbonell; SU- 442 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara. T-458 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

23 Corte Constitucional. Sentencia SU-442 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-282 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-598 de 2010. M. P. Mauricio González Cuervo.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-123/14. M. P. Alberto Rojas.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2010.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 1999. M. P. Humberto Sierra Porto.

de fallos destinados a la protección de derechos colectivos relacionados con el medio ambiente²⁹, en aspectos tan relevantes como siniestros marítimos por vertimientos de petróleo en ensenadas³⁰; derrame de crudo en ecosistemas de agua dulce³¹; conservación general de ecosistemas³²; contaminación del aire y transporte público³³; y recientemente, en materia de protección de zonas de reservas forestal, como fue el caso de los cerros orientales en Bogotá³⁴, entre otros muchos pronunciamientos.

No obstante, las tensiones transnacionales y nacionales entre protección ambiental y el desarrollo³⁵, propiedad privada y función ecológica o comercio y medio ambiente³⁶ siguen siendo aún hoy parte del orden del día. Como lo hemos visto en este encuentro, el impacto de estos temas en materia minera, agrícola, biológica, alimenticia, poblacional y médica, son parte de nuestra realidad más inmediata.

En efecto, el modelo de “desarrollo amigable con el ambiente” ha sido una tarea difícil de implementar en la vida práctica. Internacionalmente, por ejemplo, al realizar una lectura detallada de los “logros” de Río, se evidencia un compromiso frágil de los países desarrollados por cumplir las obligaciones asumidas frente a la *deuda ecológica*³⁷, en la medida en que son obligaciones que exigen no solo modificar los patrones de producción y consumo que se estimaron mayoritariamente responsables del actual deterioro ambiental, sino contribuir financieramente al *desarrollo sostenible* en los países menos desarrollados, al igual que reducir las emisiones de *gases de efecto invernadero* responsables de altos grados de contaminación³⁸.

29 Rojas Lasso, M. C. (2012). La protección jurisprudencial del Medio Ambiente en Colombia. En: AA.VV., *Instituciones de Derecho Administrativo en el Nuevo Código*. 2012. En: <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/13PROTECCION JUR.pdf>.

30 Consejo de Estado. Acción Popular. Sentencia del 22 de febrero de 2007. M. P. Ruth Stella Correa.

31 Consejo de Estado. Acción de Grupo. Sentencia del 13 de mayo de 2004. M. P. Ricardo Hoyos Duque.

32 Consejo de Estado. Acción Popular. Sentencia del 29 de abril de 2004. M. P. Rafael Ostau de Lafont

33 Consejo de Estado. Sentencia del 24 de agosto de 2006. M. P. Camilo Arciniegas.

34 Consejo de Estado. Acción Popular. Sala Plena. Sentencia del 5 de noviembre de 2013.

35 De Sousa Santos, B. (2014). *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*. Bogotá: DeJusticia, p. 75.

36 Sáenz, A. et al. (2104). *Conflictos entre propiedad, comercio y medio ambiente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

37 La huella ecológica es un indicador para lograr medir, estimar o evaluar el impacto que tienen sobre el medio ambiente todas las actividades que realizamos considerando sus contextos específicos y condiciones particulares.

38 Documento base de posición, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río + 20, pág. 15.



En Colombia, a pesar de los cambios constitucionales y los avances en políticas públicas que se han dado desde el 91³⁹, el panorama de protección ambiental sigue siendo, en la práctica, desalentador. Hoy es un lugar común decir que Colombia es un país megadiverso, que tiene aproximadamente el 10% de la flora y la fauna mundiales, el 20% de las especies de aves del planeta, el 10% de la biodiversidad, o que posee 61.000.000 de hectáreas en bosques naturales⁴⁰, cuando atravesamos una crisis ambiental perceptible⁴¹ que se manifiesta en una “alta tasa de deforestación, ocupación de áreas protegidas, alteraciones de los ecosistemas naturales como páramos y humedales, deterioro de los suelos, contaminación de las aguas y contaminación atmosférica. Se afirma que se ha destruido más del 30% de la cobertura forestal nativa y se señalan entre las principales fuentes de contaminación de las aguas, los residuos de las actividades industriales, agropecuarias y de explotaciones mineras”⁴².

Desde esta perspectiva, la labor de los jueces en los temas ambientales es cada vez más necesaria y compleja, porque están siendo los llamados a mediar entre diferentes intereses, muchas veces contradictorios. Por ende, muchos de los temas que propondremos en este escrito como tareas pendientes para el futuro en materia de la protección constitucional al medio ambiente, tienen que ver precisamente con las tensiones que se describen o con posibles situaciones futuras que pueden derivarse de ellas. Se trata del planteamiento de conflictos

39 La Carta Política de Colombia en el artículo 86 dispone que: “el Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley: 1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. 2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas. 3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales”. El artículo 3 de la Ley 99 de 1993, “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones”, dispone que por desarrollo sostenible ha de entenderse “el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”.

40 Cfr. Estudio de Mercado Servicios Medioambientales en Colombia, elaborado por la Oficina Comercial de ProChile en Bogotá, mayo 2011. Ver: Informe Nacional de Biodiversidad de Colombia ante el Convenio de Diversidad Biológica, realizado por el Ministerio de Ambiente y el PUNB, marzo de 2014.

41 Al respecto, puede verse, por ejemplo, el *Atlas Global de Justicia Ambiental*, financiado por la Unión Europea, que coloca a Colombia como el segundo país del mundo con mayor cantidad de conflictos ambientales serios. Al respecto, puede consultarse la página: <http://www.ejatlas.org/>. Según la revista *Semana* del 29 de marzo de 2014: “El profesor de la Universidad del Valle Mario Pérez, quien hace la reseña de Colombia en ese estudio, señala que ‘hay una clara relación entre la cantidad e intensidad de los conflictos ambientales y el modelo de desarrollo extractivo de los últimos gobiernos’. (...) En ese periodo los títulos mineros aumentaron de 2000 a 8000. (...) Esa repartija se dio en los parques naturales, en los páramos y en los humedales. Por eso, el exministro de Ambiente, Manuel Rodríguez, dijo que el país estaba ‘ad portas de una catástrofe ambiental’”.

42 Ver: <http://www.congresovisible.org/agora/post/la-crisis-ambiental-no-sera-superable-sin-reconocer-a-la-madre-tierra-como-sujeto-de-derechos/3717/>.

que es posible predecir en el horizonte, y que pueden requerir a mediano o largo plazo, de la intervención del juez constitucional. No obstante, teniendo en cuenta que los problemas a plantear pueden ser muy diversos, nuestra propuesta es concentrarnos en unos pocos asuntos particularmente complejos, que a nuestro juicio pueden llegar a formar parte de la agenda constitucional para el futuro en materia ambiental. Como es evidente, nuestro objetivo con este texto es enunciar problemáticas que pueden ser objeto de análisis constitucional en los próximos años. En ese orden de ideas, ya que se trata de asuntos en discusión académica y jurídica, la presentación que se adelantará es simplemente ilustrativa y no tiene la pretensión de dar respuestas definitivas sobre los interrogantes planteados. Desde esa perspectiva, se destacará, a continuación, los siguientes temas: desplazamiento por razones ambientales, sobrepoblación, seguridad alimentaria, biotecnología y salud, y la idea, que ya ronda en muchos escenarios de Derechos Humanos alrededor del mundo, de darle al medio ambiente sano un estatus superior al de simple derecho colectivo.

1. Desplazamiento por razones ambientales

Se estima que para el año 2050 alrededor de 150.000.000 de personas estarán desplazadas permanentemente debido al aumento del nivel del mar, inundaciones más frecuentes y sequías más intensas. Según datos de las Naciones Unidas, el número de desastres por año ha aumentado de 200 a 400 eventos, dejando a diez millones de personas afectadas en América Latina y el Caribe. ACNUR ha señalado precisamente, que “más de 30 millones de personas se vieron obligadas a desplazarse durante el 2012 a consecuencia de desastres naturales”, tendencia que podría intensificarse a medida que los efectos del cambio climático se profundicen⁴³.

Con todo, ¿está en la agenda del futuro hablar de desplazados por razones ambientales como consecuencia de estos eventos? ¿Qué se entendería por esta categoría? Muchos académicos y activistas hablan ya de *desplazados* y *refugiados ambientales*, aunque no existe una definición jurídica específica sobre esta condición en la actualidad. Se trata principalmente de personas que se ven forzadas a emigrar de su lugar de residencia, (muchas veces hacia otros países), por razones derivadas de catástrofes o crisis naturales permanentes, como desertificación de sus tierras, deforestación, inundaciones definitivas, terremotos, etc., y que se ven en la imposibilidad de regresar a sus sitios de origen, por las mismas causas. No se trataría, en principio, de personas enfrentadas a problemáticas naturales transitorias, de las que los Estados pueden dar alguna respuesta efectiva a corto plazo, a través de las autoridades facultadas para la atención de emergencias, por ejemplo (casos que por cierto ya han sido analizados por esta Corporación⁴⁴ en ocasiones previas), sino de

43 Ver: <http://www.acnur.org/t3/que-hace/cambio-climatico/>.

44 Corte Constitucional. Sentencias T-683 de 2012, T-094 de 2013 y T-175 de 2013, entre otras.



personas enfrentadas realmente a un medio ambiente degradado, “que pierden las condiciones mínimas para su supervivencia en su lugar de origen, por lo que deciden migrar en busca de un mejor destino”⁴⁵.

El tema, sin embargo, está aún hoy en debate. En algunos foros académicos, por ejemplo, se describe a los desplazados ambientales como personas “que se han visto forzadas a dejar su hábitat tradicional, sea de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, como accidentes industriales, etc.”⁴⁶. Algunos, de hecho, incluyen en esta categoría a quienes han sido llamados también “desplazados inducidos por el desarrollo (DIDR)”, que son personas “afectadas directamente por grandes proyectos de infraestructura como embalses, carreteras, etc.”⁴⁷. La OIM describe a los “migrantes ambientales”, a su vez, como personas que por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente sus condiciones de vida se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales o deciden hacerlo, *de manera temporal o permanente*, y que se desplazan dentro de sus propios países o en el extranjero.

Como se desprende de lo anteriormente señalado, la idea de *desplazados por razones ambientales* es una categoría jurídica en construcción, que algunos consideran *innecesaria*, por tratar de subdividir a los migrantes en diversos grupos; otros, como *distractora*, ya que muchas veces el desplazamiento se deriva de circunstancias multicausales, que a veces no son debidamente consideradas una vez se determinan las categorías jurídicas de protección⁴⁸. Y, finalmente, otros sí estiman esta aproximación como *muy útil*, en la medida en que da cuenta de las condiciones particulares de quienes se encuentran en una situación de desplazamiento específica, generada por razones ambientales y especialmente derivada del cambio climático.

Con independencia de estas miradas tan disímiles, internacionalmente esta definición es relevante, en la medida en que de ella depende en gran parte

45 Futuros. Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable. Tomado de: http://www.revistafuturos.info/futuros20/desplazados_amb.htm. Última consulta: septiembre de 2014.

46 El Hinnawi, 1985: 4, citado por: Carmen Egea Jiménez, Javier Iván Soledad Suescún, “Los Desplazados Ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”. Cuadernos Geográficos No. 49, Universidad de Granada, España, 2011-2, pág. 203. En: http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/29674/1/Egea_Medioambiente.pdf Última consulta: septiembre de 2014.

47 Soledad, 2009: 102, citado por: Carmen Egea Jiménez, Javier Iván Soledad Suescún, “Los Desplazados Ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”. Cuadernos Geográficos No. 49, Universidad de Granada, España, 2011-2, pág. 203. En: http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/29674/1/Egea_Medioambiente.pdf Última consulta: septiembre de 2014.

48 *Ibid.*, p. 204.

la determinación de quiénes serán los responsables o no de brindar ayuda y protección necesaria a estas personas⁴⁹ en el futuro más cercano.

Desde el punto de vista empírico, este tipo de fenómenos se ha registrado, por ejemplo, con mucha fuerza, en “Kiribati, las Maldivas y Tuvalu”⁵⁰, donde muchos ciudadanos han tenido que movilizarse de sus lugares de residencia debido a que sus tierras han desaparecido ante el aumento en el nivel del mar en las últimas décadas. La isla de Tuvalu, de hecho, tuvo que realizar un acuerdo con Nueva Zelanda para trasladar sus 11.000 habitantes a ese territorio, ya que según los cálculos sobre el aumento del nivel del mar es probable que la isla desaparezca en los próximos cincuenta años⁵¹. A su vez, África Subsahariana y Asia son las regiones del mundo de donde provienen la mayor cantidad de desplazados ambientales, principalmente por el incremento de las sequías, terremotos, modificaciones en los sistemas monzónicos y de tifones, tsunamis, y el impacto destructivo en los ambientes marinos⁵².

Internacionalmente, esta trágica situación se enfrenta a la resistencia de las leyes de migración nacional y a las discusiones internacionales sobre el carácter de estos migrantes, que no conceden el reconocimiento de estas personas como refugiados⁵³, y, por ende, en muchos sentidos existe una desprotección legal a nivel nacional e internacional para estas personas⁵⁴, que son seres humanos que efectivamente no pueden regresar de nuevo a sus territorios.

49 Carmen Egea Jiménez, Javier Iván Soledad Suescún, “Los Desplazados Ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”. Cuadernos Geográficos No. 49, Universidad de Granada, España, 2011-2, pág. 205. En: http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/29674/1/Egea_Medioambiente.pdf Última consulta: septiembre de 2014.

50 Ver: <http://ojambiental.org/2014/07/15/desplazados-ambientales-una-realidad-que-no-ha-sido-abordada/>. Otros de los casos más sonados también, son los de la sobreexplotación de pesca en Senegal y el de los recursos acuíferos en Uzbekistán, usados en la producción de algodón, que generaron múltiples desplazamientos.

51 Futuros. Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo sustentable. En: http://www.revistafuturos.info/futuros20/desplazados_amb.htm. Última consulta: septiembre de 2014.

52 Ibid.

53 El principio de no devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Está consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951, en la cual se señala lo siguiente: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

54 En el informe el desplazamiento provocado por el cambio climático y el derecho internacional del 8 de diciembre de 2010, se anotó que “la dificultad hoy en día es que la gente simplemente no puede migrar como y cuando lo elige: las leyes nacionales de migración restringen la entrada de los no ciudadanos en otros países. El derecho internacional reconoce solo una categoría muy pequeña de migrantes forzados como personas a las que otros países tienen la obligación de proteger: los ‘refugiados’, las ‘personas apátridas’ y aquellos legibles para protección complementaria, como se explica a continuación. Esto significa que a menos que la gente esté contemplada en uno de esos grupos o pueda migrar legalmente por razones de empleo, familiares y educativas, corre el riesgo de interdicción, expulsión y detención si intenta cruzar una frontera internacional y no tiene ningún derecho a permanecer en ese país”.



Frente a estas situaciones, cabe preguntarse a nivel interno lo siguiente: ¿es suficiente el marco jurídico y constitucional actual en materia de desplazamiento para la protección de estas personas? Si no lo es, ¿cómo se podría proceder desde el punto de vista constitucional y legal para la protección de las personas desplazadas por razones de orden ambiental? ¿Qué respuestas jurídicas o institucionales podrían evaluarse para darle protección real y efectiva a los derechos constitucionales de personas que pierden por completo y de manera permanente sus territorios, sus viviendas, sus propiedades y sus medios de subsistencia por razones eminentemente ambientales?⁵⁵.

En Colombia, si bien no hablamos todavía de esta forma de desplazamiento de manera concreta, las recientes sequías en Santa Marta, La Guajira y Caquetá nos advierten sobre la posibilidad real de estos fenómenos. Por ende, de ser el caso, múltiples preguntas sobre la situación y protección de estos nuevos desplazados deberán ser contestadas constitucionalmente en el futuro.

2. Sobrepoblación

La Tierra cuenta en la actualidad con más de 7 billones de habitantes⁵⁶. Se trata de una cifra increíblemente alta para la totalidad de recursos naturales que tenemos disponibles en el planeta, sobre todo siguiendo los exigentes niveles de consumo a los que estamos acostumbrados en la sociedad actual. Ahora bien, si pensamos en la sobrepoblación y sus causas la primera imagen que nos llega a la mente alude a países como China o India, y rara vez pensamos en Latinoamérica. La razón puede fundarse en que generalmente consideramos que la sobrepoblación o superpoblación es una condición que tiene que ver exclusivamente con la densidad, esto es, con el número de habitantes por metro cuadrado que viven en un espacio determinado, y no con otros aspectos más importantes⁵⁷. En efecto, la capacidad que tiene un entorno de soportar la población humana que lo habita es lo que determina si existe o no sobrepoblación. Por ende, independientemente del tamaño de un país en el que nos encontremos, si este no puede sostener al grupo poblacional que depende de él, se tratará definitivamente de un territorio que sufre de superpoblación⁵⁸.

Bajo este presupuesto, el contraste entre la disminución intensa de ecosistemas y de recursos naturales en el planeta y las crecientes demandas por bienes y servicios de la población, indican que en algún momento los recursos naturales serán cada

55 Solá Pardell, O. (2012). Desplazados medio ambientales. Una nueva realidad. Cuadernos Deusto, 66.

56 Mora, C. (2014). "Revisiting the environmental and socioeconomic effects of population growth: a fundamental but fading issue modern scientific, public, and political circles". *Ecology and Society* 19(1): 38. Última revisión: septiembre de 2014. En: <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06320-1901>.

57 Ver: <http://sobrepoblacion.wordpress.com/>.

58 Ver: <http://www.populationmatters.org/resources/reports-papers/>.

vez más escasos y ello exacerbará la pobreza, el hambre⁵⁹ y, naturalmente, los conflictos en extensas partes del mundo.

Si miramos las realidades nacionales, ¿cuál podría ser el impacto de la sobrepoblación en Colombia, por ejemplo, en los próximos cuarenta años? Si bien no hay datos exactos sobre las condiciones en que se encuentra nuestro país en esa relación recursos naturales/habitantes, lo cierto es que según datos del DANE se prevé que para el 2025 Colombia sea el tercer país de Latinoamérica más sobrepoblado, después de Brasil y México. Con el agravante de que esa sobrepoblación se concentrará en las principales ciudades del país, impactando los vectores de educación, salud y vivienda en esas zonas del territorio nacional⁶⁰.

Constitucionalmente, el tema de la sobrepoblación implicará retos hacia el futuro en aspectos tan variados y complejos, como la salud sexual y reproductiva; la posibilidad de eventuales restricciones al número de hijos (como ha sido el caso de las medidas adoptadas por China desde 1979)⁶¹; o limitaciones a la libertad de locomoción, de asentamiento y trabajo, en zonas territoriales específicas, etc.

Un caso analizado por la Corte Constitucional en el 2002 puede ilustrarnos un poco sobre las dificultades constitucionales futuras en estas materias. En efecto, el artículo 310 de la Constitución dispuso para San Andrés, Providencia

59 Wackernagel et al. (2002). Millennium Ecosystem Assessment (2005), Campbell et al. (2007), Kitzes et al. (2008), Ehrlich (2009), citados por: Mora, C. (2014). Revisiting the environmental and socioeconomic effects of population growth: a fundamental but fading issue modern scientific, public, and political circles. *Ecology and Society*, 19(1): 38. Última revisión: septiembre de 2014. En: <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06320-1901>.

60 Actualmente, si quisiéramos saber, por ejemplo, cuál es el impacto que como colombianos tiene el ritmo de vida de cada uno de nosotros sobre nuestro entorno, y cuántos de los recursos ambientales del país se requieren para sostenerlo, podríamos acudir a un portal que se denomina “soycolombiano.com”, para que siguiendo las directrices que allí indican, cada uno de nosotros descubriera cuál es su “*huella ecológica*” (la huella que su estilo de vida deja en el planeta), y así también descubriríamos nuestra parte personal en la problemática.

61 La política de hijo único implementada en China desde 1979 buscaba desacelerar el crecimiento poblacional en el país más habitado del mundo. La directiva prohibía que las parejas tuvieran más de un hijo y, de tenerlos, el segundo hijo no tenía derecho de adquirir la nacionalidad hasta que no se pagara una multa excesivamente alta que se tasa de acuerdo a los ingresos de la pareja. Esta política fue efectiva en alcanzar sus metas; sin embargo, tuvo una serie de implicaciones sociales. La primera de ellas fue el incremento de abortos selectivos cuando los padres conocían que el sexo del bebé era femenino. Lo anterior también generó una disparidad en el número de hombres y mujeres en el país. Esto es consecuencia de una idiosincrasia predominantemente machista, en cuanto el hombre es quien debe continuar con el legado familiar. Igualmente, ha generado un problema conocido el 4-2-1. Esto implica que los abuelos solo tienen dos personas que cuidan de ellos cuando viejos, de acuerdo a la tradición china, y los padres solo a una persona. Eventualmente, el hijo único es quien debe responder por los 4 abuelos y los 2 padres, imponiendo una carga excesivamente gravosa sobre esa persona sola. Si bien el gobierno chino señala que la política ha sido un éxito, no solo porque ha desacelerado el crecimiento poblacional sino porque ha hecho que se reduzca el gasto doméstico de las familias, recientemente se han planteado excepciones a esta regla, para aquellas familias que económicamente pueden costear un número mayor de hijos, pagando una “cuota de compensación social”. De hecho, en el 2007 el Ministro de Planeación Poblacional indicó que la política de hijo único solo se mantendría en ciudades densamente pobladas como Beijing y Shanghai, y que el 52,9% de la población tendría derecho a tener un segundo hijo si su primero hubiese nacido mujer.



y Santa Catalina, que el Archipiélago se regiría “(...) además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico” estableciera el legislador. Se dispuso, además, en la misma disposición, que “mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podría limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago”.

En desarrollo de esa norma, con fundamento en el artículo 42 transitorio Superior, se expidió el Decreto 2762 de 199162 con el objeto de limitar y regular los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El propósito del referido Decreto era establecer las situaciones que dan derecho a fijar residencia en el Archipiélago, determinar las condiciones que permiten obtener el permiso temporal de residencia y regular las consecuencias que de ello se derivan, particularmente el tiempo de permanencia y la posibilidad de desarrollar actividades laborales en dicho territorio.

En la Sentencia T-1117 de 200263, la Corte Constitucional analizó si se violaba el derecho a la libre circulación, a la igualdad y al trabajo por parte de la Oficina de Control y Circulación de Residencia de ese Archipiélago al negarle la tarjeta de residencia temporal a unas personas que ganaron un concurso de méritos para desempeñarse como funcionarios de la Contraloría General de la Nación en esa zona del territorio nacional. Los objetivos que justificaban las limitaciones a la libertad de circulación y residencia según las normas vigentes, estaban fundados precisamente en: i) un problema de sobrepoblación “que además de afectar físicamente a la isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población”; ii) la protección al medio ambiente, dado que la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas; y iii) la protección a la diversidad cultural “pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución”.

62 En Sentencia C-530 de 1993 se reconoció que es razonable a la luz de la Constitución la limitación de los derechos a la libre circulación de los ciudadanos colombianos y extranjeros en general para ingresar a la isla de San Andrés, según lo dispuesto en dicho Decreto.

63 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La Corte concluyó en la referida sentencia que la Oficina de Control y Circulación acusada tenía “el especialísimo y único poder de limitar los derechos de las personas”, en la medida en que los tres criterios de justificación enunciados respondían a “los valores y principios constitucionales que llevaron a la Corte a declarar exequible el Decreto 2762 de 1991”.

Partiendo de este ejemplo, cabría preguntarse si en los años venideros la idea de sobrepoblación como concepto podría justificar restricciones en otras zonas protegidas del país, como parques naturales y zonas de reserva natural, humedales, playas, etc., que también gozan de un régimen de protección especial. Igualmente, podrían surgir conflictos relacionados con medidas de control a implementar en materia de sobrepoblación, como por ejemplo, ciertas medidas que ya se han pensado en otras latitudes tales como “cobrar impuestos a quienes tengan más hijos o cerrar fronteras entre entidades territoriales”⁶⁴, etc.

El tema de la superpoblación, su impacto y su estudio, sin duda alguna son tareas pendientes de abordar en la agenda constitucional futura.

3. Seguridad alimentaria, agricultura, biotecnología y salud

Procesos de hiperurbanización, estancamiento rural, sobre intensificación de áreas frágiles, sobre fertilización, destinación específica de cultivos y uso indiscriminado del agua en el sector agrícola, son algunos de los problemas que pueden comprometer la seguridad alimentaria de una zona o región de un país, o de los ciudadanos en su conjunto.

En efecto, la seguridad alimentaria depende en la actualidad de varios factores como: i) la capacidad que pueda tener un territorio para producir la comida suficiente para corresponder a la demanda interna del país; ii) que esa demanda por recursos de la población sea racional⁶⁵, y iii) que se dé una utilización apropiada de la biotecnología y de las áreas cultivables o aprovechables, cuando ello sea necesario.

En ese sentido, la sustentabilidad de un sistema alimentario requiere asegurar que el logro de los niveles de suficiencia, estabilidad y autonomía de la producción, no impliquen un deterioro a los recursos naturales a largo plazo, que hagan imposible el sostenimiento de las condiciones establecidas, perjudicando a las generaciones futuras.

64 Osorio Vanegas, H.D. (2012). *Propuesta didáctica para articular la problemática ambiental y la sobrepoblación humana con la enseñanza de la evolución a estudiantes de noveno grado*. Bogotá: Universidad Nacional, p. 47.

65 Mora, C. (2014). Revisiting the environmental and socioeconomic effects of population growth: a fundamental but fading issue modern scientific, public, and political circles”. *Ecology and Society* 19(1): 38. En: <http://dx.doi.org/10.5751/ES-06320-1901>.



El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación afirmó que dicha seguridad debe ser entendida como

El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna⁶⁶.

El artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de DESC - Protocolo de San Salvador, consagra precisamente que

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.
2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra en su artículo 11.1 el deber de los Estados de reconocer a toda persona una calidad de vida adecuada incluyendo una sana alimentación y el derecho fundamental de toda persona a ser protegida contra el hambre⁶⁷.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 12, indicó que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce “cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”; y reconoce que para erradicar el problema del hambre y la malnutrición no basta con incrementar la producción de alimentos, sino

66 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2010). El derecho a la alimentación adecuada. *Folleto Informativo*, 34.

67 “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

“2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
“a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
“b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

que también es necesario garantizar que la población más vulnerable tenga disponibilidad y acceso a ellos. Por eso, el Comité incluyó en el derecho a la alimentación, cuatro aristas: la disponibilidad, la accesibilidad, la estabilidad y la utilización de los alimentos. Así las cosas, a pesar de los reconocimientos internacionales del derecho a la alimentación y del deber para los Estados de promover la seguridad alimentaria, la degradación del ambiente contribuye considerablemente en la inseguridad alimentaria, por lo que la mayor producción de alimentos debe “realizarse dentro del marco de la ordenación sostenible de los recursos naturales”.

En materia de seguridad alimentaria, la Sentencia T-348 de 2012 de la Corte Constitucional estudió precisamente el caso de una asociación de pescadores (Asopescomfe) que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la paz, a la salud mental, a la vida digna, a la libre escogencia de profesión u oficio, a la protección especial de la tercera edad y a la diversidad cultural, porque el Consorcio Vía al Mar, con la realización del proyecto Anillo Vial Malecón de Creso, causó un detrimento en las prácticas tradicionales de acuicultura de la comunidad, lo cual afectó las formas propias de subsistencia de esa comunidad de pescadores. En esa oportunidad, solicitaron que el consorcio se abstuviera de encerrar el sitio donde los pescadores parquean sus botes de madera y realizan su labor de pesca, hasta que se llegara a un acuerdo sobre el resarcimiento de los perjuicios que se le estaban causando a la comunidad.

En relación con el derecho a la alimentación, en dicha providencia se señaló que el crecimiento y tecnificación de la industria de producción de alimentos y la exploración y explotación de recursos naturales para la realización de macroproyectos, ocasionaron para ese grupo de pescadores, “un detrimento en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales del mercado de alimentos, y con ello la afectación de las economías tradicionales de subsistencia”⁶⁸. Así, se generó que los Estados deban “encaminar la modernización y tecnificación de la industria, preservando a las comunidades de producción tradicional de alimentos, toda vez que el hecho de no garantizar la protección de su oficio, implica poner en riesgo su seguridad alimentaria”⁶⁹.

68 Esto ha sido evidenciado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en: *Examen mundial de la pesca y la acuicultura*, parte 1, 2010. En: <http://www.fao.org/docrep/005/y7300s/y7300s04.htm>.

69 Entendida como “la disponibilidad de garantizar en todo momento un adecuado suministro mundial de alimentos básicos para mantener una expansión constante del consumo de alimentos y contrarrestar las fluctuaciones de la producción y los precios”. Véase la Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria Mundial de 1966. Asimismo, en noviembre de 1996, el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (FAO), declaró que la seguridad alimentaria “a nivel individual, familiar, nacional, regional y mundial, se alcanza cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana”. Esta última definición se compone de cuatro contenidos: la disponibilidad, la accesibilidad, la estabilidad y la utilización de los alimentos. Disponible en: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). (2010). *Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación*.



Por ello se anotó que el desarrollo sostenible debe ir en armonía no solo con una planificación eficiente sobre la explotación de los recursos naturales para preservarlos para las generaciones siguientes, sino que también debe contar con una función social, ecológica, acorde con intereses comunitarios y la preservación de valores históricos y culturales de las poblaciones.

Concluyó esta Corporación, en el caso que se describe, que

Las comunidades de pescadores y todas aquellas que dependen de los recursos del medio ambiente, merecen una especial atención por parte de los Estados, toda vez que son grupos de personas, en su mayoría de bajos ingresos, que con su oficio artesanal garantizan su derecho a la alimentación y a su mínimo vital. De hecho, es evidente la relación íntima que adquieren estas comunidades con los ecosistemas, que junto con el ejercicio de su oficio tradicional, crean una identidad cultural. Por lo anterior, debe destacarse la importancia del concepto de la *soberanía alimentaria*, que involucra el respeto de la producción a pequeña escala de alimentos y la diversidad de su producción, en reconocimiento de los modelos campesinos tradicionales y artesanales. (Cursivas fuera del texto original).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-574 de 1996⁷⁰, que conoció de una acción de tutela interpuesta por una comunidad de pescadores de Salahonda, en el sector La Playa, en el departamento de Nariño, que alegaban la vulneración de sus derechos a la libertad de oficio y a la ecología marítima debido a las consecuencias perjudiciales que se generaron por el vertimiento de petróleo en las aguas donde desarrollaban su oficio de pesca, causado por la falta de mantenimiento de unas mangueras submarinas de propiedad de la empresa Ecopetrol S. A. En ese caso, se comprobó que la comunidad se edificaba sobre la única labor que tradicionalmente habían desarrollado: la pesca, la cual resultaba afectada, y por ende, los derechos a la alimentación, subsistencia y oficio de los pescadores también. Esta corporación señaló en esa oportunidad que el Estado debía garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que pudiesen afectarla con el fin de proteger la diversidad e integridad ecológica y social y para planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se indicó anteriormente, reconoció una protección especial a los derechos de las comunidades a subsistir de los recursos que les ofrece el entorno, y a su derecho a la alimentación⁷¹ como parte de su derecho a la vida digna. Sin embargo, hasta el momento esta Corporación no ha desarrollado todavía una línea sólida relacionada con la violación del derecho a la alimentación por causas ambientales o a la seguridad

70 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

71 Por ejemplo, en Sentencia T-652 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte analizó de manera interrelacionada los derechos fundamentales al mínimo vital y al medio ambiente de una comunidad que vivía de los recursos naturales, reconociendo de ello las “economías tradicionales de subsistencia”.

alimentaria en sí misma considerada, desde una perspectiva de sostenimiento. Tampoco se ha pronunciado sobre la utilización apropiada de la biotecnología en estas áreas, especialmente ante los posibles riesgos que se desprenden para la salud humana y para el medio ambiente, en materia de organismos modificados genéticamente⁷².

Estos temas, sin duda alguna, son tareas constitucionales pendientes, sobre los que eventualmente deberá pronunciarse esta Corporación en un futuro muy cercano.

4. El derecho al medio ambiente, como un derecho humano

El último punto sobre el que vamos a hablar hoy, y que todavía está en construcción académica, tiene que ver con el interés que se evidencia en los foros internacionales en la actualidad, entre estudiosos, autoridades y activistas de Derechos Humanos, de tratar de buscar fórmulas teóricas y procesales para superar la caracterización del derecho al medio ambiente sano como un derecho colectivo y difuso, y dar paso a la idea simple de dotar al derecho al medio ambiente de un carácter fundamental. La tendencia se dirige entonces a buscar mejores formas de protección para este derecho desde el punto de vista de los Derechos Humanos, y a explorar la eventual naturaleza fundamental del derecho en mención.

Parte de las razones de esta búsqueda se fundan en que en materia internacional existen dos aproximaciones frente al derecho ambiental, disímiles. La de los Derechos Humanos que se basa en un enfoque antropocéntrico

(...) en donde al medio ambiente se le da valor desde de lo humano; y el derecho internacional ambiental, que tiene a veces luces antropocéntricas y a veces totalmente biocéntricas, en donde la naturaleza adquiere valor en sí misma y no solo en medida de su utilidad para la humanidad. En el primer caso se habla en un lenguaje de “derechos”, en cuanto valores básicos asociados a la dignidad humana, mientras que el derecho ambiental, emplea un lenguaje de “estándares”, a través del cual se determinan la calidad ambiental, límites a las emisiones contaminantes⁷³.

Los argumentos para sustentar la necesidad de acortar las distancias entre estas dos formas de ver el ambiente y fortalecer el enfoque de derechos, se fundan en las siguientes premisas:

- La idea de la interdependencia de los derechos humanos que exige un reconocimiento en conjunto de todos los derechos básicos de la persona

72 Ver: <http://www.fao.org/worldfoodsummit/spanish/fsheets/biotech.pdf>.

73 Orellana, M. A. *Derechos Humanos y Ambiente: desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.



como derechos humanos exigibles, sin disociaciones injustificadas entre unos derechos y otros.

- La íntima vinculación del medio ambiente con la vida en general que hace de este derecho una condición *sine qua non* del disfrute y ejercicio de los demás derechos.
- La inconveniencia de seguir considerando el derecho al disfrute de un ambiente sano como un derecho de “tercera generación”, cuyo sujeto activo es en general la colectividad de personas, que hace más difícil su protección, en los escenarios en que no se han reconocido mecanismos constitucionales de garantía del derecho. Algunos, incluso han ido más allá en su intención de proponer que se consagre una especie de “derecho de la madre tierra”⁷⁴, para poder hacer justiciable el derecho al medio ambiente por sí mismo, sin necesidad de que se abogue siempre por la violación de derechos de carácter fundamental.
- Uno de los fundamentos para ello es el de reconocer que en algunos sistemas internacionales de protección, como por ejemplo el Interamericano, sin el vínculo con la violación de derechos fundamentales, es imposible obtener pronunciamientos en favor del medio ambiente sano, en sí mismo considerado. De hecho, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos solo se ha podido reivindicar el derecho a un ambiente sano cuando los perjuicios causados han afectado otros derechos humanos de una persona o grupo de personas en particular, como la vida o la salud⁷⁵. Esa posibilidad podría dotar al medio ambiente de una protección también preferente en el derecho interno, a través de un lenguaje de derechos.

Ahora bien, aunque muchos podrán alegar que “el derecho a un ambiente sano se encuentra ya reconocido a nivel internacional como un derecho humano”, y que para el caso colombiano no es una novedad que se le llegue a considerar fundamental, en la medida en que constitucionalmente el derecho al medio ambiente sano lo ha sido en conexidad con otros derechos fundamentales, sí es novedosa la tendencia de que se empiece a pensar en individualizar su protección, a fin de concederle una legitimidad personal a todos los ciudadanos para invocar su garantía de manera directa o, en su defecto, la autonomía al derecho mismo y su protección, para ser defendido como un derecho humano en escenarios internacionales.

La Corte Constitucional colombiana, ciertamente, le ha dado al derecho al ambiente sano el apelativo de fundamental en varias oportunidades en que la violación del ambiente ha generado la vulneración de derechos fundamentales.

74 Ver el caso de Bolivia y Venezuela.

75 Cuadrado Quesada, G. (2009). El reconocimiento del derecho al medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica. Revista *CEJIL*, IV(5). En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>.

No obstante, el derecho ambiental sigue siendo considerado por la legislación como un derecho colectivo, si no es evidente la conexidad con derechos de carácter fundamental.

Todas estas reflexiones, en consecuencia, pueden ser relevantes si contribuyen a fortalecer la protección de estos derechos que, como hemos visto, exigen nuestro compromiso inmediato. En estas materias, a medida que avancen los debates sobre la naturaleza del derecho en el escenario internacional, avanzarán, de algún modo, las reflexiones teóricas sobre estos temas en el derecho interno.

Conclusiones

Revisados los temas anteriores, es necesario concluir lo siguiente:

- La Constitución Política colombiana ofrece múltiples alternativas de protección al derecho al medio ambiente sano. Sin embargo, temas como los desplazados por razones ambientales, la sobrepoblación, la seguridad alimentaria, biotecnología y salud y el derecho al medio ambiente como derecho humano son aspectos que seguramente formarán parte de la agenda constitucional en materia ambiental hacia el futuro, de una manera más frecuente y exigente.
- No obstante, independientemente de los avances constitucionales y legales en la protección de este derecho, es en la toma de decisiones públicas y privadas y en la aplicación de las normas donde se define la protección real de nuestros recursos naturales desde el punto de vista fáctico. En ese sentido, la carencia de una conciencia nacional real sobre la naturaleza estratégica del medio ambiente y su importancia prioritaria para la vida a largo plazo en el país sigue siendo sin duda la principal tarea pendiente de nuestra agenda ambiental, porque de ella depende que la balanza se incline o no, de manera eficiente y suficiente, hacia la garantía real de nuestros ecosistemas y de nuestras riquezas más valiosas: que no son otras que aquellas que soportan y soportarán la vida de nuestras generaciones actuales y futuras.

La Corte Constitucional colombiana y el constitucionalismo global. El futuro del diálogo entre el constitucionalismo del norte y del sur global

*Daniel Bonilla Maldonado**

Agradezco a la Corte Constitucional, en particular a su presidente, la amable invitación a participar en este encuentro. Es un honor para mí tener la posibilidad de estar hoy aquí con ustedes.

En esta exposición quisiera defender dos tesis: la primera, pensando en los retos que reúne a los expositores de este panel, tiene que ver con el deber de crear un conocimiento jurídico-ambiental propio. Esta empresa colectiva implica tener en cuenta tanto las relaciones entre saber y poder cómo abrir caminos para la creación de una conciencia jurídico-ambiental propia que se aleje de la mera reproducción de conocimiento jurídico-ambiental elaborado en otras latitudes, particularmente en el norte global.

Este conocimiento jurídico-ambiental propio debería tener en cuenta el carácter híbrido de nuestras tradiciones jurídicas y las necesidades jurídicas ambientales particulares que tienen nuestras comunidades. Por ejemplo, la relación particular que en nuestro contexto deberían tener el principio de democracia, el derecho a un ambiente sano y el desarrollo; o cuál debería ser la relación entre seres humanos y naturaleza. En esta medida, deberíamos proponernos como un reto la producción de teoría, doctrina y prácticas jurídicas contextuales, críticas y que surjan inductivamente, es decir, que surjan de las circunstancias particulares, de las necesidades ambientales de nuestra comunidad política.

Este nuevo conocimiento jurídico-ambiental creo que puede tomar las siguientes tres formas: la primera sería la de una reinterpretación del canon existente.

* Abogado de la Universidad de los Andes y magister y doctor en Derecho de la Universidad de Yale. Se ha desempeñado como profesor de la Universidad de los Andes en teorías de la justicia, introducción al derecho, filosofía del derecho, teoría del derecho, multiculturalismo y liberalismo. Director del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes.



Es decir, abrir espacio para que el sur global, particularmente Colombia y su Corte Constitucional, tenga la posibilidad de entrar en el diálogo global sobre el constitucionalismo ambiental como un par y tenga la posibilidad de contribuir a ese canon con nuevas interpretaciones de las categorías que lo componen.

La segunda alternativa es la de expansión del canon, es decir, ya no se trata únicamente de jugar con las herramientas, con las categorías ambientales que el canon ofrece, sino tratar de incluir en ese cuerpo teórico y normativo nuevos elementos que provengan de nuestro contexto.

Para ilustrar el primer caso, la reconfiguración del canon, podemos pensar por ejemplo en la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional sobre la consulta previa, la cual se aleja de lo que podríamos llamar una comprensión procedimental de esta figura, que se aleja también de lo que podríamos llamar una visión liberal monista de la misma, y que ofrece una interpretación muy rica que podríamos calificar de liberal, pluralista y multicultural. Para ilustrar el segundo caso, la expansión del canon jurídico-ambiental, podemos pensar por ejemplo en la inclusión de la idea de derechos de la naturaleza. En esta situación se haría uso de la categoría “derechos” que es parte del canon y se conectaría con una realidad que usualmente se ha considerado fuera de este discurso jurídico. La tercera opción, mucho más retadora, mucho más exigente, sería la creación de un nuevo canon que tenga específicamente en cuenta nuestra historia, y que recupere, por ejemplo reinterpretándolo, el pasado prehispánico en materia ambiental. Estas tres alternativas ciertamente no son excluyentes pero cualquiera de ellas exige una serie de trabajos por parte de los diferentes miembros de la comunidad jurídica, especialmente por parte de académicos, activistas e instituciones como la Corte Constitucional.

Ahora bien, este reto que debemos enfrentar colectivamente también implica posicionar el conocimiento jurídico-ambiental propio. El saber qué determina nuestra conciencia jurídica ambiental no está compuesto, parcialmente, por lo menos, por nuestras categorías. La manera como pensamos los problemas medioambientales, la manera como creemos que esos problemas medioambientales deben ser resueltos, la manera como esos problemas y sus soluciones se relacionan con otras categorías no ambientales están usualmente determinadas por un conocimiento creado en otras latitudes, por un conocimiento que surge de unas circunstancias económicas, sociales, culturales que son distintas a las nuestras.

Para afilar un poco más las tesis quisiera decir que no estoy promoviendo una especie de nativismo que aisle nuestra conciencia jurídica ambiental de las contribuciones que se han hecho a lo largo de la historia, particularmente de las que provienen del norte global. Lo que propongo es que nuestra interacción con esa narrativa, con ese discurso, sea distinta. Sugiero que no sea una interacción de difusión y de reproducción, sino una interacción crítica, una interacción

que nos permita concebirnos como individuos que pueden transformar esa narrativa y posicionarse como pares de aquellos que históricamente se han entendido como sus creadores.

La segunda tesis hace referencia a la idea de que la Corte Constitucional, las organizaciones sociales y la academia jurídica en Colombia deben hacer un mayor y mejor uso del derecho internacional ambiental. El concepto de bloque de constitucionalidad, bien conocido en nuestro medio, permitiría hacerlo. Creo, no obstante, que todavía no se han explorado todas las posibilidades que abre el derecho ambiental internacional para lograr un balance adecuado entre los principios que generalmente están en tensión cuando enfrentamos conflictos ambientales. Sin embargo, este uso estratégico del derecho internacional debe tener en cuenta cuáles son sus debilidades. No podemos olvidar, por un lado, las debilidades en sus procesos de creación, y por otro lado, en las teorías que típicamente lo han justificado.

Para justificar estas dos tesis quisiera dividir mi intervención en dos partes: en la primera quisiera evidenciar las relaciones entre el constitucionalismo moderno y la producción de conocimiento jurídico, particularmente de conocimiento jurídico-ambiental. En la segunda parte quisiera examinar los retos y posibilidades que abre el uso estratégico del derecho ambiental internacional en nuestro país.

La primera parte de mi exposición hace referencia a lo que podíamos llamar un constitucionalismo ambiental del sur global. La gramática del constitucionalismo moderno controla nuestra imaginación jurídico-política, determina el rango de preguntas que nos resultan inteligibles y el rango de preguntas que nos parecen razonables. Esta gramática gira en torno a una serie de acepciones, de usos, de categorías clave como autogobierno, ciudadano, ciudadanía, derechos, igualdad, naturaleza, soberanía popular y progreso, que en términos contemporáneos ha sido interpretada como desarrollo o desarrollo sostenible.

En esa medida, entonces, esa gramática del constitucionalismo moderno articula, determina, las preguntas que son comunes en nuestras comunidades políticas. Cuestiones por ejemplo como la relación entre Estado, nación y diversidad cultural, o las preguntas por la relación, los nexos, las tensiones entre democracia, desarrollo y medio ambiente, o los criterios para determinar la legitimidad del Estado, están condicionados por las reglas y principios que constituyen la gramática del constitucionalismo moderno. Ciertamente, estas reglas y principios tienen diversas interpretaciones; hay múltiples tradiciones de filosofía política y jurídica que entran en competencia por tratar de capturar los sentidos que habría que darle a estas categorías, por ejemplo, el liberalismo, el socialismo y el comunitarismo.



Ahora bien, esta gramática del constitucionalismo moderno, creo yo, tiene sus orígenes en un pequeño grupo de filósofos políticos y del derecho, fundamentalmente europeos y norteamericanos. Pensemos, entonces, y solo de forma enunciativa, en autores como Hobbes, Montesquieu, Rousseau y Mill, quienes han contribuido de manera central a la construcción de esas reglas y principios que, reitero, constituyen nuestra imaginación jurídico-política y determinan la manera como pensamos nuestra realidad y como nos pensamos a nosotros mismos. Estos autores, por ende, han determinado la manera como describimos nuestra identidad individual y colectiva, y cómo estas se relacionan con el mundo exterior.

Ahora bien, el conjunto de reglas y principios que componen la gramática del constitucionalismo moderno son continuamente interpretados. Estas interpretaciones intentan usar tales categorías para enfrentar problemas típicos de las comunidades políticas contemporáneas. No obstante, los intérpretes que generalmente se consideran legítimos o autorizados para cargar de sentido esa gramática del constitucionalismo moderno, para adaptarla a las realidades de las comunidades políticas contemporáneas, es relativamente pequeño y está fundamentalmente localizado en el norte global. Pensemos en instituciones como el tribunal constitucional alemán, la Corte Suprema de Justicia estadounidense o la Corte Europea de Derechos Humanos; pensemos también en autores muy conocidos para nosotros como John Rawls, como Robert Nozick o como Charles Taylor.

Debajo de este primer nivel de instituciones y autores legitimados para cargar de sentido la gramática del constitucionalismo moderno existe un sinnúmero de autores e instituciones que también buscan llenarla de contenido. Sin embargo, las instituciones y los académicos del sur global ocupan un lugar marginal en este diálogo global de múltiples niveles que tiene como objetivo cargar de sentido tales categorías. Esto, creo, es muy grave. No es simplemente una cuestión teórica que interesa a ciertos académicos, sino que tiene unos aspectos prácticos muy importantes para todos los miembros de las comunidades políticas del sur global.

Para conectar este punto con el inicio de mi presentación y la enunciación de mi tesis, diré que este conocimiento, este cargar de sentido la gramática del constitucionalismo moderno, determina la manera como pensamos los problemas que aquejan a nuestras comunidades políticas. Aún más, determina qué es lo que consideramos un problema y cuáles son los problemas que resultan un objeto de estudio legítimo. Al mismo tiempo, determina el rango de posibles soluciones a los mismos. Para ilustrar este punto quisiera hacer referencia al fracaso de la cumbre de Río para redactar un tratado sobre temas forestales. Por un lado, estaban los países del norte global indicando que los recursos naturales del sur, por lo menos algunos de ellos, como la Amazonía, deberían considerarse como parte de la herencia de todos los seres humanos

y, por lo tanto, que los individuos y las comunidades políticas del norte global deberían tener relevancia e influencia en cómo se concebían y regulaban. Por otro lado, para el sur global este tema se entendía como una cuestión de soberanía nacional que involucraba además otras cuestiones como la protección de la naturaleza, la reducción de la pobreza y el desarrollo económico, asuntos que no aparecían dentro del esquema conceptual que determinaba las posiciones político-jurídicas del norte global.

Creo que esta marginación de las instituciones y la academia del sur global en la construcción de esta conciencia jurídica ambiental se explica acudiendo a las cinco razones que enunciaré a continuación, las cuales, reitero, son explicativas mas no justificativas.

La primera es que las tradiciones jurídicas del sur global se entienden como reproducciones menores de las grandes tradiciones del mundo. En el caso colombiano, nosotros nos entendemos como una iteración muy marginal de la tradición civilista que tiene su origen, supuestamente, en el genio romano-germánico. Nuestras creaciones jurídicas entonces resultan secundarias, no hacen parte de la narrativa central que construye a esa tradición jurídica. En esa medida, las construcciones sólidas, ricas, complejas que genera una institución como la Corte Constitucional colombiana se llevan a las márgenes de la conversación global sobre el derecho ambiental en la medida en que no entran dentro de lo que se podría entender como conocimiento jurídico original, como conocimiento jurídico sólido que permitiría entender los retos ambientales que enfrentan los seres humanos y resolver los problemas que en ocasiones generan.

La segunda razón explicativa es la profunda influencia que ha tenido en las últimas décadas en el sur global, ciertamente en Colombia, el derecho y la teoría del derecho estadounidense. Autores en derecho constitucional como Dworkin, como Sunstein, se han vuelto comunes en nuestras facultades de derecho y en nuestros diálogos sobre cómo deberían decidir los jueces o sobre cómo deberían entenderse los roles de los tribunales constitucionales en las democracias liberales en consolidación. Del mismo modo, temas como el sistema penal acusatorio, el derecho societario que regula las empresas multinacionales o las reglas que controlan los laudos arbitrales han sido fuertemente influenciados por el derecho estadounidense. En esa medida, si queremos entender, por ejemplo, el derecho laboral neoclásico tendríamos que ir a su origen, esto es, a los Estados Unidos; si queremos entender qué es el derecho como integridad nuevamente tendríamos que ir a la academia jurídica estadounidense, no a sus aplicaciones tanto en la academia como en la Corte Constitucional colombianas. Y, finalmente, para conectarlo con el tema de nuestro panel, si queremos entender qué es la consulta previa no deberíamos acudir a la jurisprudencia rica, compleja y texturada de la Corte Constitucional colombiana, sino que deberíamos acudir a las nociones que nos suministra la



academia jurídica estadounidense u organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o como el Banco Mundial, que nos hacen pensar en un concepto de consulta previa vinculado con el medio ambiente desde una perspectiva puramente procedimental.

La tercera razón explicativa hace referencia al formalismo de las comunidades jurídicas del sur global. De esta forma, se entiende que nuestros sistemas jurídicos son cerrados, completos, coherentes, unívocos y sus prácticas profundamente ritualistas. En esa medida, parecería que las creaciones jurídicas y jurídico-ambientales de nuestros contextos resultan irrelevantes; pura forma, puro ritual, nada de sustancia, nada de creación original.

La cuarta razón explicativa hace referencia a las debilidades de la academia jurídica del sur global. Estas debilidades tienen que ver con múltiples cuestiones. Algunas están relacionadas con las dinámicas débiles de producción académica, otras tienen que ver con la falta de infraestructura, otras con el número y calidad de las publicaciones, y otras más con el número de profesores de planta de las facultades de Derecho. La cuestión es que esta razón explicativa lleva a pensar que nuestro contexto de producción jurídica es un contexto pobre, mientras que el contexto de producción del norte es uno rico.

Finalmente, la quinta razón explicativa hace referencia al carácter provincial de la academia jurídica del norte global. En esta medida se entiende que estas son comunidades jurídicas cerradas, autosuficientes, que no necesitan mirar hacia afuera, particularmente que no necesitan acudir al sur global en tanto que nuestros productos jurídicos son pobres y con bajos niveles de efectividad.

Ahora bien, estas cinco razones explicativas dan lugar a tres presupuestos que usualmente determinan la manera como pensamos nuestros productos jurídicos. Quiero hacer énfasis en este punto: el tema no es solo que el norte global en ocasiones imponga esta serie de categorías al sur global. La cuestión es también que nosotros, en la academia, en las instituciones jurídico-políticas como las Cortes Supremas o Constitucionales del sur hemos interiorizado las razones explicativas antes anotadas y los tres presupuestos que voy a mencionar.

El primer presupuesto es lo que he llamado el “pozo de la producción”. Este presupuesto indica que el norte global es un contexto de producción de conocimiento jurídico, mientras que el sur no lo es. Esta premisa va de la mano con una segunda que he llamado “denominación de origen calificado”. Aquí el asunto es el siguiente: así como un vino de Borgoña se considera de buena calidad antes de beberlo, se entiende entonces que un artículo escrito por un profesor estadounidense, en inglés, y publicado en una revista de derecho estadounidense es, por sí mismo, antes de leerlo, valioso; mientras que si hablamos de un artículo escrito por un profesor colombiano en español, y

publicado en una revista colombiana o latinoamericana, se presume, antes de leerlo, como de baja calidad.

La tercera premisa es la que he llamado la del “operador efectivo”. El argumento aquí es que el conocimiento jurídico es únicamente usado de manera eficiente y ética por los operadores jurídicos del norte global; en el sur somos ingenuos en términos éticos, o no respetamos las reglas que controlan la utilización del conocimiento jurídico. Es decir, nuestro uso no genera impactos en la realidad o cuando los genera es consecuencia de un uso indebido de los productos jurídicos.

Estos argumentos y estos presupuestos a la vez iluminan y oscurecen una realidad que es profundamente heterogénea. Por un lado, creo que es cierto que históricamente el formalismo ha influido de manera notable a nuestras comunidades jurídicas. Es cierto también que nuestras comunidades jurídico-académicas tienen debilidades, en ocasiones notables. Asimismo, es verdad que el norte global es provincial, centrado en sí mismo, y que pone poca atención al conocimiento que genera el sur global.

Sin embargo, por otro lado, estos presupuestos y estos argumentos explicativos oscurecen la heterogeneidad que existe en nuestros países y, particularmente, en nuestras comunidades jurídicas. Pierden de vista que la conciencia jurídica latinoamericana no ha sido únicamente formalista, que efectivamente ha sido determinada por otras visiones y otros conceptos del derecho, ricos, complejos y texturados, entre otros el positivismo metodológico, la escuela libre del derecho y los estudios legales críticos. También pierde de vista que en nuestras comunidades jurídicas hay nodos de producción de conocimiento jurídico tremendamente ricos que son más fecundos que los que hay en algunos lugares del norte global. Y, finalmente, estos presupuestos y argumentos oscurecen los espacios institucionales del sur global, como la Corte Constitucional colombiana, en donde hay una producción notablemente compleja que en algunas áreas tiene unos niveles de eficiencia notables.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias negativas que generan estas dinámicas norte-sur en relación con el conocimiento jurídico, particularmente en cuestiones ambientales? En primer lugar, nos entendemos como reproductores y difusores de una conciencia jurídica ambiental que fue creada en otras partes del mundo. Ciertamente, estoy generalizando, hay excepciones importantes, pero estoy haciendo referencia a lo que podríamos llamar el promedio de individuos, prácticas e instituciones en el sur global. En esa medida entonces no nos consideramos, y no nos consideran, como creadores de conocimiento jurídico-ambiental. Este es un problema muy serio, muy complejo que, reitero, oscurece la realidad heterogénea del norte y del sur global.



En segundo lugar, oscurecen los productos jurídicos ambientales de calidad que efectivamente se producen en el sur global. Estos productos son marginales en el diálogo sobre el constitucionalismo ambiental que se está dando desde hace ya un tiempo en el mundo. Nuestros productos jurídicos ambientales están en la periferia, no se conocen en los espacios en los que se toman las decisiones que van a afectar a la comunidad internacional, a ciertas regiones del globo o a ciertos países del mundo.

En tercer lugar, generan un efecto muy negativo en la producción jurídica ambiental del sur global en general, y Latinoamérica en particular. Ciertamente hay múltiples excepciones, pero el producto de la academia jurídica ambiental típico lo que hace es reproducir la ley ambiental, es decir, volver a presentar sus contenidos con palabras distintas. En esa medida, muchos de los manuales de derecho ambiental que encontramos en países como Colombia son simplemente una repetición de lo que la ley dice, a la que se le suman glosas explicativas que tienen fines prácticos, por ejemplo, resolver un problema común en el litigio o el trabajo de asesoría en temas ambientales.

Desde una perspectiva normativa, y aquí viene el componente normativo de mi propuesta, deberíamos generar una teoría, una doctrina y unas prácticas ambientales mucho más ricas, mucho más complejas, que surjan inductivamente. Un ejemplo de lo que propongo son los casos en los que hemos visto la interacción entre organizaciones sociales, Corte Constitucional y academia en Colombia, entre otros, el caso de la ley forestal, el caso del Estatuto de Desarrollo Rural y el caso del Código Minero. Si reflexionamos en las interacciones específicas que se dieron en estos casos, podríamos generar una teoría rica y compleja que se nutra del conocimiento y de las categorías que vienen del norte global, que tenga en cuenta las categorías y necesidades propias y, gradualmente, vaya generando un conocimiento ambiental propio que en algún momento podría construir un nuevo canon jurídico-ambiental.

Este proyecto normativo está directamente relacionado con cómo posicionar el trabajo de una Corte como la Constitucional, que en algunos campos ha sido profundamente rico y ha tendido a defender los derechos de los más débiles. La cuestión es entonces cómo mantener la producción de materiales jurídicos de calidad y cómo mantener su reputación de modo que la institución pueda situarse mejor en el diálogo global sobre el constitucionalismo ambiental. Por alcanzar este objetivo tenemos que estar atentos, como ciudadanos, como miembros de la Corte Constitucional, como integrantes de las organizaciones sociales, a cuáles van a ser los magistrados que van a ser nombrados en los próximos años y a que, no importa cuál sea su orientación política, estos nuevos magistrados tengan una formación académica sólida. Al mismo tiempo, debemos pensar en estrategias que permitan mantener la cantidad y calidad de la producción jurídica de esta institución. El número de providencias de la Corte es alto: alrededor de 1.200, entre sentencias de constitucionalidad y de

tutela; es un número importante. Uno pensaría que tal vez se puede reducir la cantidad y aumentar la calidad, pero eso traería consecuencias negativas para la solución de casos particulares y, por ende, para la protección de los derechos fundamentales de algunas personas específicas.

La segunda parte de mi exposición, mucho más breve, hace referencia a los retos y las posibilidades que abre el derecho internacional para la protección de los intereses de las comunidades en nuestro país. Ahora bien, en este proceso no hay que perder de vista las debilidades que tiene este componente del derecho internacional. Por un lado, hay que notar las debilidades relacionadas con sus orígenes. Muchas veces se argumenta que el sur global no ha hecho parte del proceso de creación de las normas jurídicas ambientales internacionales, o que sus productos no representan adecuadamente sus intereses. Piensen, por ejemplo, que muchas veces se argumenta que los objetivos del derecho ambiental están fundados en los intereses del norte global, particularmente en la protección de la naturaleza, y que pierden de vista los intereses del sur global, por ejemplo, la reducción de la pobreza; o piensen en cómo la doctrina del derecho internacional ambiental describe al sur global como un partícipe renuente en la creación del derecho internacional ambiental; o cómo este derecho y su doctrina son ahistóricos, en cuanto no reconocen el rol que ha jugado el norte global en la degradación ambiental del sur global.

Por el otro lado, estas debilidades apuntan hacia las teorías justificantes del derecho internacional ambiental que intentan romper los nexos entre derecho y política, lo presentan como neutral, y en esa medida lo conectan con una tradición específica dentro del liberalismo político. Finalmente, no hay que olvidar las críticas que vienen del feminismo, que señalan que el derecho internacional ambiental es androcéntrico, que recoge una visión patriarcal que determina una relación vertical entre seres humanos y naturaleza, una visión que olvida que las mujeres plantean una relación distinta, horizontal, entre estas dos categorías.

Ahora bien, creo que estas críticas hay que tenerlas en cuenta, pero al mismo tiempo creo que el derecho constitucional ambiental tiene unos poderes inmensos, emancipatorios o de resistencia, para la protección de los intereses de las comunidades más débiles en un país como Colombia. Para su uso estratégico, no obstante, es necesario que haya un mayor diálogo entre las Cortes, las organizaciones sociales y la academia. Es necesario poner más atención a la doctrina y a las herramientas específicas que este derecho internacional ofrece y que ya han sido incorporadas al derecho colombiano. Para conectar esta tesis con la anterior es fundamental que el análisis que se haga de este derecho internacional surja inductivamente, es decir, de las necesidades, contextos y problemas específicos que tenemos.



Para terminar, quiero mencionar por qué sería útil apelar al derecho internacional ambiental, para la protección de los derechos ciudadanos. En primera instancia, porque permite a través del bloque de constitucionalidad generar un diálogo entre lo local y lo global; entre el derecho y la doctrina internacional y el derecho y la doctrina nacional. En segunda instancia, porque la legitimidad que tiene el derecho internacional ambiental se puede trasladar a las decisiones de un tribunal como la Corte Constitucional de Colombia. Las decisiones que protegen a los ciudadanos serían entendidas como fruto de un amplio acuerdo internacional que se tiene sobre la materia, y no como el capricho de unos pocos jueces constitucionales que no fueron elegidos democráticamente.

En tercera instancia, resulta útil apelar al derecho internacional ambiental por cuestiones cognitivas, esto es, porque se reducen los costos de tiempo y energía para la articulación de argumentos que permitan la defensa del medio ambiente o que permitan un adecuado balance entre el derecho a un ambiente sano, y los otros derechos que generalmente entran en conflicto con este principio. Estas herramientas ya hacen parte del discurso jurídico global, hacen parte de las organizaciones sociales, de la Corte Constitucional, de los académicos. Ya están disponibles en la caja de herramientas de la que disponen los operadores jurídicos de un país como Colombia.

Finalmente, en cuarta instancia, porque permite la alianza entre instituciones, organizaciones y academia locales, con organizaciones, academia e instituciones internacionales. Esta alianza permite que se aúnen esfuerzos orientados al mismo objetivo: el adecuado balance entre los diferentes principios que entran en tensión cuando nos enfrentamos a un conflicto ambiental.

En síntesis, tenemos dos retos muy grandes, uno muy abstracto, otro muy preciso, que están interconectados. Por un lado, la creación de un conocimiento jurídico-ambiental, de una conciencia ambiental que parta de categorías conceptuales que surjan inductivamente. Por el otro lado, un uso estratégico del derecho internacional ambiental que permita proteger los intereses de los ciudadanos más débiles en nuestros países.

Efectividad de las acciones populares para la protección del medio ambiente contra empresas extractivas

*Patricia Feuillet Palomares**

Resumen

En este trabajo se estudia qué tan efectivas son en la práctica las acciones populares para salvaguardar el medio ambiente como derecho colectivo. Se parte de la hipótesis de la desigualdad procesal en que se ven enfrentados la parte demandante y la parte demandada. Para demostrar tal suposición se procede a analizar seis casos de acciones populares originadas a raíz de la explotación de recursos naturales que ha llevado a cabo la empresa multinacional Occidental de Colombia en el departamento de Arauca; se ha hallado como común denominador la denegación de las pretensiones por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A los actores populares les resulta imposible demostrar probatoriamente el daño ambiental que alegan; entre tanto, la multinacional y las autoridades ambientales (citadas al proceso para conformar el extremo pasivo) despliegan un total caudal probatorio que es acogido sin reparos por el juez de instancia. A partir de lo anterior, se pone en tela de juicio la efectividad de la acción popular para proteger el medio ambiente frente a empresas extractivas y se proponen como posibles alternativas para superar esa falencia: i) la implementación de una lista de personas naturales y jurídicas (nacionales y extranjeras) con idoneidad comprobada en el tema ambiental que serían los encargados de rendir los conceptos en el marco de las acciones populares y ii) la exoneración de sanciones o investigaciones a aquellas autoridades ambientales que se atrevan a aportar estudios demostrativos de daños al medio ambiente.

* Jueza segunda administrativa oral de Arauca.



Introducción

Durante centenares de miles de años, el hombre luchó para abrirse un lugar en la naturaleza. Por primera vez en la historia de nuestra especie la situación se ha invertido y hoy es indispensable hacerle un lugar a la naturaleza en el mundo del hombre.

Santiago Kovadloff

La consagración constitucional de la acción popular se erigió como una herramienta para salvaguardar los derechos de la colectividad. Este mecanismo se aparta considerablemente de la concepción individualista del derecho y se sitúa en un punto donde la universalidad de los intereses jurídicos es el vector esencial de la institución. Dentro de los derechos colectivos que buscan salvaguardarse a través de la acción popular se encuentra la existencia de un equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, de forma que se garantice un desarrollo sostenible. Este derecho ha ocasionado no pocas acciones populares en contra de las empresas extractivas, quienes son acusadas de afectar gravemente los ecosistemas con ocasión de sus actividades; asimismo, el extremo pasivo es integrado por autoridades ambientales por no cumplir adecuadamente el rol de defensores o protectores del medio ambiente. La confrontación judicial producida en estos eventos (actor popular vs. empresa explotadora + autoridad ambiental) ha mostrado en la práctica un amplio desequilibrio a favor de la parte pasiva, como consecuencia de la concurrencia de factores económicos y administrativos, situación que nos lleva a cuestionar la efectividad de la acción popular como garantía de protección del medio ambiente frente a empresas extractivas.

Problema jurídico de investigación

¿La acción popular está significando en la práctica un verdadero mecanismo para proteger el medio ambiente frente a empresas extractivas? O, por el contrario, ¿constituye una herramienta más formal que sustancial?

Hipótesis frente al problema

La acción popular no ha representado en la práctica una verdadera institución procesal que garantice la explotación racional de los recursos naturales y el desarrollo sostenible, habida consideración de que la relación procesal surgida en estos casos no se desarrolla en un plano de igualdad.

Litigio constitucional. Estudio de casos

Los casos que se estudiarán a continuación corresponden a acciones populares presentadas a raíz de la explotación de recursos naturales en el departamento de Arauca y falladas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las demandas se dirigieron contra la empresa Occidental de Colombia, multinacional dedicada

principalmente a la extracción de petróleo y gas, asociada con Ecopetrol para desarrollar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el departamento de Arauca.

1. Caso la laguna del Lipa

Diversas denuncias hicieron la comunidad y las organizaciones sociales y sindicales sobre la contaminación a la laguna del Lipa a causa de la exploración y explotación petrolera de la Occidental de Colombia. Entre estas se puede mencionar la del Sindicato de Trabajadores del Sistema Agroalimentario (Sinatrina), mediante la cual se denuncia, con fundamento en un informe de la Defensoría del Pueblo del año 1998 y otros documentos, la destrucción del ecosistema del Lipa, conformado por el estero, la laguna, el sistema de humedales y el nacimiento del río del mismo nombre. Se argumenta que este ecosistema es de gran relevancia para la comunidad indígena y que dada su importancia ecológica había sido declarado reserva forestal en el año de 1976 por el Instituto de Recursos Naturales, situación que cambió en el año de 1983 cuando el mismo organismo le quitó el estatus para permitir la explotación petrolera. Señalan como alteraciones el desbalance del recurso hídrico, la afectación de cuerpos de agua, la disminución del recurso genético, la afectación de especies de flora y fauna y el desplazamiento de los indígenas de sus tierras.

La laguna del Lipa, antes de la llegada de la Occidental, era considerada como el santuario y centro espiritual de los indígenas guahibos y otros pueblos indígenas vecinos, y además era su fuente alimenticia debido a su gran biodiversidad; sin embargo, allí se asentó la empresa Occidental cuando se suscribió el contrato de asociación Cravo Norte en 1980:

Los indígenas guahibos pasaron de ser dueños de las sabanas, a ser limosneros en las capitales petroleras (...). El pueblo guahibo está hoy sumido en el alcoholismo, la prostitución, las enfermedades y la desnutrición. Este pueblo indígena perdió la caza, la pesca y la recolección. La cultura guahiba se desmembró espiritualmente y las comunidades se encuentran en acelerado proceso de aniquilamiento físico y cultural¹.

Fue así como en el año de 1999 se demandó en acción popular el caso planteado. El Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de abril de 2004², describe que el problema jurídico consistió en determinar si las demandadas habían: i) afectado los ecosistemas de esteros de Arauca, ii) dañado el equilibrio ecológico de la región de forma irreversible, iii) realizado un manejo y uso irracional de las

1 Roa, T. (2002). *El lamento de las gaitas*. Colombia: Censat Agua Viva, FOE. En: http://censat.org/Petroleo_Documentos.htm Consultado: 14 de septiembre de 2012.

2 Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 29 de abril de 2004. Expediente No. 0027 del 29 de abril de 2004. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.



aguas, y iv) se habían destruido las condiciones que hacen posible la vida de las especies animales y vegetales en el campo Caño Limón, laguna de Lipa, norte del Caño Cuarteles y sureste de Arauquita, como consecuencia de diversas actividades antrópicas, tales como la exploración y explotación petrolera de Occidental de Colombia y la falta de atención del Ministerio del Medio Ambiente ante las protestas sociales contra la explotación de hidrocarburos.

En la Sentencia del Consejo de Estado se consideró que, contrario a lo afirmado por los actores, el proyecto de explotación petrolera Caño Limón y la concesión respectiva sí están sometidos a un plan de manejo ambiental y que el proyecto no ha tenido efectos negativos graves que amenacen el ecosistema en la zona de explotación y exploración, pues los efectos en el medio ambiente han sido los esperados y son contrarrestados con medidas de mitigación adecuadas, ya que en el plan de manejo ambiental se está favoreciendo la recuperación del bosque y la preservación y recuperación de la fauna en la zona de la concesión, situación comprobada por la Procuraduría Agraria y del Medio Ambiente y Corporinoquia.

De otro lado, el alto tribunal señala que el complejo petrolero está encerrado por un verdadero santuario de vegetación nativa, más la reforestación de especies sembradas por la Oxy (siglas de la Occidental a nivel mundial) en sus alrededores. Además, admite que existe fauna en el medio natural tales como chigüiros, aves de variadas especies, babillas e iguanas que sobreviven porque el medio es idóneo para reproducirse y conservarse, gracias a las medidas tomadas por la empresa. Sin embargo, por fuera de esta zona sí se observan ciertos daños producidos por las constantes voladuras del oleoducto por los subversivos que operan en la región, es decir, como consecuencia del conflicto armado.

En el presente caso la sentencia señala que “los actores se limitaron a tomar como fundamento de los hechos el referido informe de la Defensoría del Pueblo Delegada, de modo que no aportaron prueba alguna distinta a dicho informe”. Más adelante la sentencia acoge un estudio realizado y aportado como prueba por la entidad demandada sobre el que manifiesta:

(...) se realizó un estudio ambiental muy amplio y detallado por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales sobre los antecedentes y los problemas denunciados (...). Desvirtúa dicho estudio las afirmaciones que hace la Defensoría del Pueblo en su informe en comento y las que con base en el mismo hacen los actores de este proceso en relación con los efectos de la actividad petrolera (...)³.

Considera finalmente el Consejo de Estado que lo voluminoso del expediente indica que existen pruebas suficientes sobre el adecuado manejo ambiental realizado por Occidental. Textualmente señala:

3 Ibid.

Además, en el plenario, por cierto bastante voluminoso por los documentos, estudios, monitoreos, informes técnicos, así como planes de manejo ambiental, proyectos de prevención y contingencia y permisos allegados al mismo, hay abundante material probatorio que muestra a las claras la permanente y oportuna vigilancia en intervención del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial, en sustitución del desaparecido Inderena, lo cual se refleja justamente en las condiciones ambientales en que opera el complejo petrolero en mención (...)⁴.

En consecuencia, el Consejo de Estado negó las pretensiones de la acción popular.

2. Extracción de arena en el municipio de Arauquita

El Ministerio de Ambiente otorgó a la empresa Occidental de Colombia licencia ambiental para el proyecto denominado Gran Minería, mediante la Resolución 1024 del 9 de noviembre de 2001, consistente en la extracción de arena del lecho del río Arauca, la cual se desarrollaría en los límites de los municipios de Arauca y Arauquita. Sobre el mismo se presentó demanda de acción popular resuelta en definitiva por el Tribunal Administrativo de Arauca⁵. El problema se centró en determinar si existen regalías dejadas de percibir por el municipio de Arauquita a causa de la extracción de arena por parte de Occidental, teniendo en cuenta que únicamente se pagan regalías al municipio de Arauca, y sí esta extracción vulnera derechos colectivos al medio ambiente.

Las acciones populares fueron creadas para la protección de derechos e intereses colectivos y, según el Código Minero, para realizar una actividad extractiva se debe tener una concesión que además debe cumplir con todas las exigencias ambientales y económicas. En el presente caso se estableció por parte del Tribunal que ningún daño o amenaza existe respecto de derechos colectivos que tengan relación con el ambiente, pues la explotación que efectúa Occidental de Colombia de materiales de arrastre se encuentra amparada por la concesión de gran minería, distinguida con el No. 20346, respecto de la cual se han cumplido por parte de la empresa concesionaria todas las exigencias ambientales y económicas. Sobre el pago de regalías al municipio de Arauquita, el Tribunal determinó que es una situación no susceptible de discusión en acciones populares, pues no se vislumbra la vulneración de derechos colectivos en el tema. En consecuencia, se denegaron las pretensiones de la demanda.

Para la jurisdicción contenciosa en el presente caso, el hecho de existir una licencia ambiental y una concesión de gran minería para la extracción de arena del lecho del río Arauca fue suficiente para considerar que no existió vulneración de derechos e intereses colectivos al medio ambiente.

4 Ibid.

5 Colombia, Tribunal Administrativo de Arauca. Sentencia de 2009. Expediente No. 00040 de 2009.



3. Vulneración del ambiente sano en los municipios de Arauca y Arauquita

En el año 2008 se presentó ante el Juzgado Primero Administrativo de Arauca⁶ la demanda en contra de Occidental, Ecopetrol, Ministerio del Medio Ambiente y Corporinoquia. El problema jurídico del caso se circunscribió a determinar si las entidades demandadas Occidental y Ecopetrol, en el desarrollo de los proyectos petroleros en los municipios de Arauca y Arauquita han vulnerado los derechos a gozar de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

La explotación de hidrocarburos debe hacerse previa autorización a través de las licencias ambientales. Esto exige el cumplimiento de obligaciones que permiten, de un lado, el desarrollo económico debido a los ingresos que genera la extracción del recurso natural no renovable para la nación y, por otra, la mitigación y restauración de daños al medio ambiente y los recursos naturales, lo que se ha denominado *desarrollo sostenible*. Por lo general, la industria petrolera causa daños, pero el sistema jurídico ha implementado medios para que quienes adelantan los proyectos acudan a solucionar en lo posible esos perjuicios y, por lo tanto, se obliga a la adopción de los planes de manejo ambiental, los planes de contingencia, la realización de obras y la compensación forestal, entre otros.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca, al resolver la apelación del fallo de primera instancia, en sentencia de 3 de noviembre de 2010, negó las pretensiones de la demanda por considerar que para el caso concreto se encontraron los correspondientes estudios anticipados de impacto ambiental, la expedición de licencias ambientales con obligaciones precisas sobre el manejo del medio ambiente y los recursos naturales e inversión en obras cuando se autorice la utilización de ciertos recursos. Además de lo anterior, el pago de ciertos tributos a las entidades que vigilan el medio ambiente. El fallo señaló que las demandadas han cumplido con los protocolos legales y que los actores populares, quienes tenían la carga de demostrarlo, no probaron el daño causado al medio ambiente.

En el caso que ocupa este estudio, los administradores de justicia manifiestan en la sentencia que

En las pruebas aportadas por las demandadas aparece que la explotación de los hidrocarburos se está haciendo, previa autorización legal, tanto antes de la Ley 99 de 1993, como después a través de las licencias ambientales (...). En este sentido, entonces, la abundante prueba permite concluir que las autoridades ambientales han estado atentas al cumplimiento por parte

6 Colombia, Juzgado Primero Administrativo de Arauca. Sentencia de 2008. Expediente No. 00137 de 2008.

de las empresas Oxy y Ecopetrol S. A., de las obligaciones ínsitas en las autorizaciones y licencias ambientales otorgadas (...) ⁷.

Al igual que en el caso anterior, resultan inocuas las afirmaciones de los actores populares, quienes tienen la carga de probar el daño ambiental, frente a la existencia de todo un cúmulo de licencias ambientales, estudios y planes de manejo presentados por las entidades demandadas, pues se supone que antes de otorgar las licencias y aprobar los planes de manejo ambiental se hace todo un estudio ambiental y jurídico, situación que no es posible desvirtuar solo con argumentos y sin pruebas que los fundamenten.

Dragado del río Arauca y extracción de arena en Remolinos del Padre, y construcción de infraestructura petrolera en Caño Limón que afecta el sistema de salida natural de aguas de la vereda Los Angelitos [t2]

El dragado es una actividad propia de los procesos extractivos, en la cual se hace la remoción, succión, transporte y descarga de materiales que se encuentran en zonas acuáticas y en donde para dicho fin se utiliza como herramienta una draga, la cual mezcla los sedimentos para ser extraídos, transportados y depositados. Esta actividad genera un impacto ambiental significativo toda vez que se afecta la flora y la fauna allí presente, se contamina el área debido a la suspensión de materias que son removidas y se afecta la cobertura del lugar donde habitan los ecosistemas.

En el año 2007 se presentó ante el Juzgado Primero Administrativo de Arauca⁸ una acción popular en contra del municipio de Arauquita, el departamento de Arauca, Corporinoquia, Ecopetrol y Occidental. El problema en este asunto consistió en determinar si la empresa Occidental de Colombia amenazaba o vulneraba los derechos colectivos relacionados con: i) el goce de un ambiente sano, ii) la existencia del equilibrio ecológico, iii) el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; iv) la conservación de las especies animales o vegetales, v) la protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en la zona fronteriza, vi) los intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, y vii) la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, como consecuencia de las siguientes actividades realizadas por la empresa:

- Extracción de material de arrastre (arena) mediante el sistema de dragado en el lecho del río Arauca, sector Remolino del Padre ubicado en los límites de los municipios de Arauca y Arauquita.

⁷ Ibid.

⁸ Colombia, Juzgado Primero Administrativo de Arauca. Sentencia de 2007. Expediente No. 00014 de 2007.



- La construcción de la infraestructura para la exploración y explotación de petróleo en las facilidades del campo Caño Limón, así como por el mal estado del sistema de alcantarillado implementado, lo que impide la salida del agua de la vereda Los Angelitos hacia las lagunas La Conquista, Chaparral y hacia el mismo Caño Agua Limón.

En este caso, la regla se determinó por factores tales como la existencia de licencias ambientales para llevar a cabo la explotación de material de arrastre del lecho del río Arauca, sector Remolinos del Padre, el cumplimiento del plan de manejo ambiental presentado ante el Ministerio del Medio Ambiente, la verificación de si las construcciones realizadas por la Occidental han generado el taponamiento de las salidas naturales de agua de la vereda Los Angelitos, hacia las lagunas La Conquista, Chaparral y el Caño Agua Limón y, finalmente, si las inundaciones en la vereda Los Angelitos del municipio de Arauquita son causadas por el taponamiento de las alcantarillas ubicadas por la empresa, en las facilidades del Campo Caño Limón y por el dragado del material de arrastre (arena) en el sitio denominado Remolino del Padre.

La conclusión de la sentencia fue denegar las pretensiones de la demanda por considerar que la empresa: i) contaba con los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para llevar a cabo la explotación de material de arrastre mediante el sistema de dragado en el lecho del río Arauca, sector Remolinos del Padre; ii) la existencia de los correspondientes estudios y planes de manejo ambiental exigidos por la ley para el desarrollo de actividades de explotación y exploración de recursos naturales renovables; y iii) el cumplimiento de los mismos, lo cual se desprendió de los distintos conceptos técnicos y resoluciones de seguimiento ambiental emanados del Ministerio del Medio Ambiente.

Asimismo, en la sentencia se concluye que la extracción del material de arrastre que realiza la empresa Occidental de Colombia en el río Arauca, sector Remolinos del Padre, no tiene ninguna relación con la problemática que se denuncia respecto a la socavación y pérdida de terrenos protectores de la escuela de la vereda Angelitos, jurisdicción del municipio de Arauquita y vivienda del denunciante. Considera que esta situación es producto del comportamiento hidrodinámico del río Arauca, a causa de su condición meándrica en la zona de afluencia entre los brazos Reinera y el Arauca Viejo, lugar de ubicación de la vereda, así como por las características propias de la llanura aluvial de desborde del río Arauca.

Para llegar a esta conclusión fueron determinantes los pronunciamientos de las autoridades ambientales, tales como el Ministerio del Medio Ambiente y Corporinoquia. Con relación al estado de drenaje de las vías se estableció que las alcantarillas están libres de obstáculos, permitiendo el flujo normal de agua de escorrentía.

5. Construcción de infraestructura petrolera en sitios no permitidos al margen del río Arauca

Hay una demanda instaurada en contra de Occidental de Colombia, Ecopetrol, Ministerio de Ambiente, Corporinoquia e Incoder⁹ por la presunta construcción de infraestructura petrolera dentro de los 30 metros paralelos al margen del cauce del río Arauca y la laguna La Conquista, en el sector de La Yuca. El problema jurídico consistió en establecer si era cierto que las demandadas, bien sea por acción (en el caso de unas), o por omisión (en el caso de otras), vulneraron mediante hechos dañinos los derechos colectivos mencionados por los actores populares. Para resolver el caso, el Juzgado evaluó si en verdad existía la construcción irregular y si se realizó sin consentimiento de autoridad competente. Así las cosas, luego de analizar la colisión de derechos entre el derecho a un ambiente sano y el derecho al desarrollo, y luego de concluir que debe existir un equilibrio entre ambos derechos, con fundamento en el Decreto 1180 de 2003¹⁰, se desprende que al momento de autorizarse una licencia o permiso ambiental para aprovechamiento de recursos naturales (renovables o no renovables), construcción de infraestructura, montaje, ensamble, etc., en fin, para ejecutar actividades que generen algún efecto ambiental, la autoridad tiene la facultad de disponer de las medidas compensatorias que mitiguen, prevengan, corrijan o equilibren el trastorno ecológico que genere tal proyecto a licenciarse (artículos 1°, 3° y 16 del Decreto 1180 de 2003) so pena de que el beneficiario del permiso, si no da cumplimiento a las medidas, se haga acreedor de la respectiva sanción ambiental, sin perjuicio de otras penalidades.

Después de valorar el extenso caudal probatorio (casi 800 folios), el Juzgado llegó a la conclusión de que no se comprobó que en verdad existiera infraestructura petrolera alguna dentro del margen de 30 metros del río Arauca y de la laguna La Conquista, ni se advirtió daño ambiental alguno, pues el comportamiento desbordado del río Arauca y de la laguna La Conquista ha sufrido cambios que tienden a inundar grandes espacios de tierra. Dicho fenómeno, de acuerdo a la Sentencia no era común, razón por la que se observó como viable el asentamiento de estas empresas con autorización y vigilancia del Ministerio de Medio Ambiente. Así, se consideró lejano a las aguas, pero que ahora tiende a acercarse, sin todavía alcanzar la proximidad de que trata la norma de los 30 metros.

En este caso, el despacho observó que Occidental de Colombia no ha sido descuidada con el entorno natural del cual se sirve y que, por el contrario, ha procurado documentarse sobre el mismo para tratar de comprenderlo y actuar

9 Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Expediente No. 810013331-002-2008-00157 de 2008.

10 Colombia, Gobierno nacional. Decreto 1180 del 10 de mayo de 2003. Diario Oficial 45185 de mayo 12 de 2003.



en él de modo responsable, circunstancia que permitió la obtención de un estudio geológico fluvial, de gran valor para la región, en el cual se explica la capacidad de desborde que logra el río Arauca, en la zona en cuestión, que técnicamente se le ha conocido como el *Orinoco mal drenado*. Esto ha conllevado al nacimiento de muchos lagos, esteros, etc., al lado y lado del río, tanto para el lado de Colombia como para el lado de Venezuela, situación que demuestra que si hay un cambio en el comportamiento del medio ambiente en el lugar no se debe en modo alguno a la intervención petrolera.

Recurrida la anterior decisión, el Tribunal Administrativo de Arauca decidió confirmar la decisión con base en las conclusiones de los informes rendidos por la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Sostenible y la Secretaría de Infraestructura, ambas del departamento de Arauca; estas fueron: i) las construcciones no estaban socavando o deteriorando la laguna La Conquista ni el río Arauca; ii) no se tiene certeza de que se infrinja el espacio de 30 metros que debe haber entre las edificaciones y el río, lo que se demostró fue que en temporada de invierno las aguas del río invaden terrenos aledaños y se adentran dentro de los 30 metros; iii) las primeras construcciones, ya no utilizadas, están llenas de vegetación y no causan ningún impacto ambiental negativo; iv) no hay alteración en los ecosistemas.

6. Dragado y extracción de arena del río Cusay y vertimiento de aguas negras al río por parte de Occidental

El Tribunal Administrativo de Arauca¹¹ conoció en primera instancia de la demanda contra la empresa Occidental de Colombia, el Ministerio del Medio Ambiente, Corporinoquia y otros. Su objeto era la protección de los derechos colectivos al medio ambiente, la salubridad pública, el uso de las aguas y la protección de especies nativas, las cuales han sido presuntamente afectadas por la empresa Occidental de Colombia, a causa de tres eventos: i) por el dragado del río Cusay, para cambiarle su cauce natural; ii) por la irracional extracción de arena que ha hecho que el río erosione la orilla occidental, tomando parte de predios particulares y sus cultivos; y iii) por el vertimiento de aguas negras de los trabajadores y contratistas de Occidental a la vertiente del río Cusay, ocasionando su contaminación. Lo anterior ha provocado la muerte de peces, babillas, tortugas y otras especies animales, así como de la fauna que se encuentra en este hábitat.

Aquí, al igual que en la mayoría de casos, la concesión de autorizaciones y permisos ambientales otorgados por las autoridades competentes, así como los conceptos emitidos por estas, se erigen como las pruebas decisivas del proceso. Dentro del trámite procesal hubo la necesidad de prescindir de la práctica de

11 Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Expediente No. 81-001-31-89-001-2012-00038 de 2012.

una inspección judicial por la inseguridad que implicaba el desplazamiento de los intervinientes y por la imposibilidad de lograr la vinculación de un ingeniero hidráulico para que rindiera un dictamen, esto último pese a varias peticiones elevadas frente al Ideam, al Ministerio de Transporte y a diversas universidades. Asimismo, se entendió desistida la prueba documental solicitada por el demandante, ya que no consignó el valor requerido para tal fin. Por parte del cuerpo colegial (Tribunal Administrativo de Arauca) se dictaminó que no se había probado la vulneración de derechos colectivos, entre tanto sí estaba acreditado –a partir de resoluciones o conceptos de las autoridades ambientales que hacían parte del extremo pasivo– que: i) se habían concedido permisos y licencias ambientales para los trabajos de dragado y extracción de arena; ii) existía autorización para verter aguas residuales al río Cusay, concedida por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial; iii) se habían realizado estudios previos y de manejo ambiental para la extracción de arena del río Cusay; iv) la alteración del cauce del río no era producto de los trabajos de extracción, pues este fenómeno se presentaba desde antes; y v) se había dado cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas por la empresa extractora al momento de concederle la respectiva licencia ambiental.

Argumentos que sustentan la hipótesis

En los casos vistos anteriormente se observa en forma diáfana que las acciones populares no fueron acogidas por las instancias judiciales con base en las siguientes consideraciones:

- i) Existía plan de manejo ambiental en las explotaciones respectivas de recursos naturales.
- ii) Las empresas explotadoras llevan a cabo las medidas para la mitigación de los efectos negativos.
- iii) Si se evidencian daños ambientales, no son responsabilidad o consecuencia de la explotación de los recursos naturales.
- iv) Existencia de concesiones, licencias y/o autorizaciones ambientales para la explotación de los recursos naturales.
- v) Los demandantes no pudieron probar los daños ambientales alegados.
- vi) Cumplimiento de los planes ambientales por parte de las empresas, así como de las obligaciones adquiridas al momento de la autorización ambiental.
- vii) Ante la duda se tiende a favorecer la no vulneración de derechos ambientales.

Se advierte que en la mayoría de los casos se priorizó lo formal (el hecho de tener licencia ambiental y planes de manejo ambiental) a la investigación a fondo de los hechos denunciados. Esto es comprensible, pues aunque se trata de acciones constitucionales, aún se tiene la concepción de la justicia rogada y



la carga de la prueba del demandante, y como lo que se tiene a la mano por el juez es la realidad procesal no se detiene en buscar o investigar la realidad de los hechos. Es decir, los aspectos formales fueron priorizados sobre los aspectos de fondo, razón por la cual no se tuvo en consideración el verdadero impacto de la actividad sobre el ambiente.

Los actores populares actúan casi siempre en su calidad de ciudadanos, personas naturales que tratan de solucionar temas puntuales en materia de derechos colectivos, pero que no tienen los recursos necesarios ni la infraestructura requerida para probar un daño ambiental. Por lo tanto, con lo que se cuenta es con las autoridades ambientales departamentales y nacionales quienes, al conformar el extremo pasivo, por tratarse de las entidades otorgantes de los permisos ambientales, nunca van a aceptar tales daños ambientales que se denuncian, sino que, por el contrario, van a coadyuvar en las actividades de las petroleras y a defender las licencias que han aceptado y los planes de manejo que han vigilado.

A falta de prueba en contrario se toman como legales las licencias ambientales, lo que permite concluir que para rebatir una licencia ambiental se deben tener pruebas técnicas idóneas del daño ambiental, situación que se torna difícil para los actores populares quienes actúan simplemente como ciudadanos en defensa de los derechos e intereses colectivos, pero cuyas afirmaciones de estas violaciones se quedan cortas probatoriamente hablando, en contraste con las presentadas por la multinacional y el Estado, actuantes como parte demandada en estos casos.

Para un actor popular es muy difícil un litigio contra una poderosa empresa como la Occidental, la cual además de ser representada por prestigiosos abogados, para probar su diligencia y cuidado ambiental, contrata costosos estudios técnicos y allega infinidad de documentos con los cuales defiende sus posiciones, contrario a lo que sucede con los actores populares, quienes muchas veces se limitan a presentar la demanda y no son fuertes en la actividad probatoria.

La extracción petrolera y de minería causan daños ambientales y sobre eso existen suficientes estudios. Pero cuando se pone de presente el derecho al desarrollo o al desarrollo sostenible, comienzan a surgir interrogantes como: ¿cuánto daño medioambiental es permitido para garantizar el desarrollo de los pueblos?; es decir ¿hasta dónde se puede cruzar esa delgada línea entre el derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible? Es precisamente en este punto donde se presume que las licencias ambientales y sus planes de manejo son legales y se han basado en suficientes argumentos y en la búsqueda del equilibrio entre medio ambiente y desarrollo, presunción que por supuesto admite prueba en contrario, pero que resulta casi que imposible de aprovechar por parte de los actores.

Consecuencias lógicas

En condiciones como las mencionadas resulta inocua una acción popular impetrada para hacer respetar el desarrollo sostenible, pues la relación procesal que surge en estos eventos tiende a favorecer al extremo pasivo. Lo anterior, comoquiera que la “capacidad administrativa y financiera” –la cual se verá reflejada en materia probatoria– que acompaña a las entidades demandadas no guarda ni punto de comparación con la de los actores populares; ello sumado al hecho de que los conceptos o resoluciones rendidas por las autoridades ambientales –también demandadas o vinculadas como parte pasiva– se tienen como las pruebas decisivas para establecer la vulneración o no de los derechos colectivos. En la práctica, esto significa conceder a una de las partes demandadas la facultad de aportar la prueba con la que se resolverá el caso. Ello se ve acentuado si tenemos en cuenta que en los casos en donde haya discrepancia entre informes técnicos presentados por ambas partes, prevalecerá aquel de la “autoridad ambiental”.

Conclusiones

Resulta indispensable replantear el tema probatorio en asuntos como los antes expuestos, principalmente porque la carga de la prueba en cabeza del demandante, tal y como lo exige el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, viene a constituirse en una barrera para lograr la efectividad de la protección de los intereses colectivos. Ahora, si bien es cierto que esa misma disposición normativa permite que la prueba, por razones económicas o técnicas, sea practicada por autoridades públicas competentes, se deja al descubierto cómo en la práctica ese experticio –prueba– es rendido por quienes hacen el papel de entidades demandadas, situación no muy alentadora, habida consideración de que difícilmente se rendirá un concepto que favorezca los derechos colectivos a costa de la afectación de los intereses de la misma entidad, máxime cuando podría verse sometida a sanciones de índole administrativo por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

Una alternativa para superar esa falencia procesal –que a su vez causa grandes repercusiones en lo sustancial–, podría ser la creación de una lista de personas naturales y jurídicas (nacionales o extranjeras) expertas en materia ambiental, cuyos honorarios estarían a cargo de los entes territoriales (atendiendo que se intentan preservar no intereses subjetivos sino colectivos), quienes serían los llamados a dictaminar las repercusiones ambientales de la explotación de los recursos naturales, de tal manera que, como persona ajena al proceso, su concepto goce de un mayor grado de transparencia e imparcialidad.

Otra opción sería la exoneración de cualquier sanción o investigación en contra de aquellas autoridades ambientales que, aun cuando hayan omitido en principio el cumplimiento de sus funciones de vigilancia en materia ambiental,



procedan en el marco de la acción popular a poner de manifiesto la grave alteración que ha causado la explotación de recursos naturales por parte de las empresas que de esa actividad se benefician.

Referencias bibliográficas

Colombia, Consejo de Estado. Sentencia del 29 de abril de 2004. Expediente No. 0027 del 29 de abril de 2004. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Colombia, Juzgado Primero Administrativo de Arauca. Sentencia de 2008. Expediente No. 00137 de 2008.

Colombia, Juzgado Primero Administrativo de Arauca. Sentencia de 2007. Expediente No. 00014 de 2007.

Colombia, Tribunal Administrativo de Arauca. Sentencia de 2009. Expediente No. 00040 de 2009.

Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Expediente No. 810013331-002-2008-00157 de 2008.

Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca. Expediente No. 81-001-31-89-001-2012-00038 de 2012.

Roa, T. (2002). *El lamento de las gaitas*. Colombia: Censat Agua Viva - FOE Colombia. En: http://censat.org/Petroleo_Documentos.htm. Consulta: 14 de septiembre de 2012.

El descalabro de la locomotora minero-energética en Colombia: un análisis jurídico-político de la situación de los páramos frente al modelo extractivista

*Wilson Rafael de Jesús Sanmartín Mendoza**

Resumen

Hoy en día es manifiesta la gran importancia que representan los páramos para el país, no solamente a nivel ambiental sino también en el escenario social, habida cuenta de los múltiples beneficios que entrañan para los habitantes del territorio nacional, los cuales van desde ser el hábitat de diversas especies de fauna y flora, hasta constituir una pieza fundamental en la regulación del ciclo hídrico. Sin embargo, estos se están viendo amenazados por intereses económicos que persiguen la ejecución de obras de exploración y explotación minera en los mismos. En ese sentido, dentro del presente trabajo se aborda el estudio de la problemática referida desde dos ámbitos: desde una perspectiva jurídica dentro de la cual se rescata el gran marco normativo que se ha construido en torno a la protección de estos ecosistemas, y a partir de un escenario sociopolítico en el cual se entabla un mayor campo de investigación con el fin de establecer los diversos elementos que confluyen en torno a este tópico, para finalmente determinar por qué se desarrolla la minería en estas zonas y qué hacer para remediar esta situación.

* * *

Sin lugar a dudas, uno de los temas que genera un creciente interés para la opinión pública siempre que se pone sobre el escenario nacional es el referente al desarrollo de la actividad minera en los páramos o en zonas de especial protección. El debate que suscita este tópico es de tal magnitud que cada vez que es desempolvado¹ se convierte en una más de las comidillas políticas en

* Escribiente Nominado en el Juzgado Segundo del Circuito de Soledad.

1 El término desempolvado es utilizado en este caso para denotar la recurrencia con las que el tema objeto de estudio es abordado por diversos sectores de la opinión pública nacional.



las que día a día se desenvuelve Colombia. Sin embargo, este tema debe dejar de verse simplemente como otra mera situación que contribuye a ensalzar la ya marcada polarización política que rodea el país, sino que, por el contrario, la importancia que reviste el mismo debe conducir indefectiblemente a la realización de un estudio y de un debate serios en torno a este y en general acerca del desarrollo de la minería a nivel nacional, de tal modo que ello conduzca al establecimiento de programas públicos para hacer de esta una actividad sostenible.

La situación que se vive en torno a la minería en el país –especialmente en las zonas de especial protección– no es más que el vivo reflejo de las circunstancias que rodean los diversos sectores de la sociedad colombiana, a saber: la salud, la educación, el agro, la industria, etcétera, cada uno de los cuales se está viendo afectados por cuenta del establecimiento de políticas que generalmente tienden a beneficiar algunos intereses económicos, y sobre los cuales no se han logrado establecer políticas que contribuyan al normal desarrollo de los mismos, sino que se ven abocados a todo tipo de reformas legislativas, gubernamentales o inclusive constitucionales, según las circunstancias y el momento coyuntural lo indiquen.

En lo que respecta a la actividad minera en zonas protegidas, a pesar de estar aquellas excluidas del desarrollo de la misma, se ven amenazadas por los intereses del capital extranjero, respaldados por los nacionales que persiguen el mismo propósito, como es la aquiescencia para desarrollar en gran escala explotación minera en estas áreas, lo que conduciría al aumento de sus ganancias, pero de igual forma generaría un costo social y ambiental incalculable.

Partiendo de este considerando, se refleja la imperiosa necesidad de abordar el estudio del tema referido desde dos perspectivas: a partir de una óptica jurídica, con la cual se busca determinar el reconocimiento especial y privilegiado que el ordenamiento nacional e internacional le ha otorgado a estas zonas, y a la vez desde una óptica sociopolítica que facilite contextualizar la discusión, abarcando un mayor campo de estudio que permita entrever el entramado político que se teje en torno a este fenómeno, lo que sin duda alguna contribuiría al desarrollo del estudio y el debate requerido.

Colombia tiene más del 50% de los páramos del mundo. Actualmente se encuentra identificado un total de 2.906.136 hectáreas de ecosistemas paramunos, los cuales han sido clasificados en sectores (5), distritos (17) y complejos (36) incluyendo en estos últimos el páramo de Sonsón y el del Altiplano Cundiboyacense, sobre los cuales aún no se ha establecido similitud

en la composición de especies con relación a los páramos cercanos a estos². Con respecto a complejos de páramos como tal, la extensión de estos alcanza aproximadamente 1.925.410 hectáreas, de las cuales 746.44 se encuentran en áreas de parques nacionales naturales³. Aunado a lo anterior, la geografía colombiana enmarca el páramo más grande del planeta, como lo es el de Sumapaz, con una extensión total de 333.420 hectáreas, de las cuales 142.112 se encuentran protegidas bajo la figura de Parque Nacional Natural Sumapaz⁴.

Pese a que el área total del complejo de páramos en Colombia no constituye siquiera el 3% del territorio nacional, es innegable la gran importancia que estos representan para el país, específicamente para su equilibrio ecológico, habida cuenta de la cantidad de especies de flora y fauna que habitan en ellos, entre las cuales se resaltan las llamadas endémicas o microareales, es decir, aquellas cuya ubicación se restringe específicamente a estos entornos y es casi imposible hallarlas en cualquier otro. Este tipo de especies representan el 90% de las que residen en estos ecosistemas y el 8% del total de especies microareales del territorio nacional. Además de ello, los páramos albergan variedades de fauna que se encuentran en vía de extinción⁵.

No obstante, la importancia de los páramos no se encuentra dada solamente a nivel ambiental, también desborda este escenario y trasciende al ámbito social por cuenta de los múltiples beneficios que estos representan para los colombianos. Estos ecosistemas constituyen un elemento fundamental para la regulación del ciclo de agua; en ellos tienen origen las principales fuentes hídricas del país, las cuales terminan por abastecer a más del 70% de los habitantes del territorio nacional; también contribuyen al proceso de fertilización de las plantas por ser hábitat de especies polinizadoras y, como si fuera poco, son sitios sagrados para diversas culturas ancestrales.

Por todo lo anterior, se han realizado ingentes esfuerzos en procura de proteger integralmente estos ecosistemas, para lo cual se han venido adoptando una serie de instrumentos normativos tanto a nivel nacional como internacional, dentro de los cuales se rescata no solo la importancia de dichos ecosistemas,

2 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt Colombia. (2013). *Nueva cartografía de los Páramos de Colombia: Diversidad, territorio e historia*. En: <http://www.humboldt.org.co/investigacion/ecosistemas-estrategicos/paramos?highlight=YTo0OntpOjA7czo3Ojllww6FyYVW1vljtpO-jE7czoyOjllkZSI7aToyO3M6Nzoic3VtYXBheil7aTozO3M6MTA6InDdoXJhbW8gZGUiO30=>. Consultado el 2 de agosto de 2014.

3 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt Colombia. *Guía divulgativa de criterios para delimitación de páramos en Colombia*. En: http://humboldt.org.co/images/Atlas%20de%20paramos/Guia_delimitacion_paramos.pdf, pág. 11. Consultado el 3 de agosto de 2014.

4 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Parques Nacionales Naturales de Colombia, Parque Nacional Sumapaz*. En: <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/parques-nacionales/parque-nacional-natural-sumapaz/>. Consultado el 5 de agosto de 2014.

5 *Ibid.*



sino que dentro de estos se establecen lineamientos, criterios o herramientas para garantizar su amparo.

La misma Constitución Política de Colombia, en su artículo 8 establece en cabeza del Estado la carga de proteger la riqueza cultural y natural del país, al establecer que: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”, lo cual es ratificado en el Capítulo III del Título II del mismo ordenamiento, referente a los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente, específicamente en las disposiciones contenidas en los artículos 79 y 80, en los que, por una parte, se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano, se dispone que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, se establece la obligación en cabeza del Estado de proteger la diversidad e integridad de aquel, conservar las áreas de especial importancia ecológica; y por otra, se dispone que: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”.

En desarrollo de las normas de orden constitucional registradas se expidió la Ley 99 de 1993, a través de la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones. En dicha ley, al determinar los principios generales que guían la política ambiental del país, se estableció, en otros, el orientado a que “Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial”⁶, y se establece que la “biodiversidad del país es patrimonio nacional e interés de la humanidad y debe ser protegido prioritariamente”. En consecuencia, los páramos son de interés público y de interés social, tal como lo señala el Decreto 1729 de 2002 en donde también se define que los páramos deben ser objeto de programas y proyectos de conservación, preservación y restauración, y que la utilización del recurso hídrico tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.

En ese mismo orden de ideas, la Ley 373 de 1997 en su artículo 16, el cual fue modificado por el artículo 89 de la Ley 812 de 2003, establece que

En la elaboración y presentación del programa se debe precisar que las zonas de páramo, bosques de niebla y áreas de influencia de nacimientos acuíferos y de estrellas fluviales, deberán ser adquiridos o protegidos con carácter prioritario por las autoridades ambientales, entidades territoriales y entidades administrativas de la jurisdicción correspondiente, las cuales realizarán los estudios necesarios para establecer su verdadera capacidad de oferta de bienes y servicios ambientales, para iniciar un proceso de recuperación, protección y conservación (...).

6 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 99 de 1993, artículo 1º, numeral 4.

Posteriormente, en febrero del 2002, en el Programa Nacional para el Manejo Sostenible y Restauración de Ecosistemas de Alta Montaña, el Gobierno colombiano definió la necesidad de llevar a cabo programas de restauración ecológica en el ecosistema de páramos, argumentando que estos presentan “una singular riqueza cultural y biótica con un alto grado de especies de flora y fauna endémicas de inmenso valor, que constituyen factores indispensables para el equilibrio ecosistémico, el manejo de la biodiversidad y del patrimonio del país”. Por lo tanto, la Resolución 769 de 2002 reafirma la prioridad de declarar los páramos como áreas de interés público y establece los mecanismos para la protección especial de aquellos a través de medidas de protección, conservación, manejo sostenible y restauración.

Ulteriormente, se expide el Decreto 3600 de 2007, por el cual se reglamentan las disposiciones de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural, cuyo artículo 4° establece que

Las categorías del suelo rural que se determinan en este artículo constituyen suelo de protección en los términos del artículo 35 de la Ley 388 de 1997 y son normas urbanísticas de carácter estructural de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la misma ley: 1. Áreas de conservación y protección ambiental. Incluye las áreas que deben ser objeto de especial protección ambiental de acuerdo con la legislación vigente y las que hacen parte de la estructura ecológica principal, para lo cual en el componente rural del plan de ordenamiento se deben señalar las medidas para garantizar su conservación y protección. Dentro de esta categoría se incluyen las establecidas por la legislación vigente, tales como:

- 1.1. Las áreas del sistema nacional de áreas protegidas.
- 1.2. Las áreas de reserva forestal.
- 1.3. Las áreas de manejo especial.
- 1.4. Las áreas de especial importancia ecosistémica, tales como páramos y subpáramos, nacimientos de agua, zonas de recarga de acuíferos, rondas hidráulicas de los cuerpos de agua, humedales, pantanos, lagos, lagunas, ciénagas, manglares y reservas de flora y fauna.

De la mano de las anteriores disposiciones, cabe señalar la contenida en el artículo 34 de la Ley 1382 de 2010, la cual fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-366 de 2011, que rigiera hasta el mes de mayo del presente año, y cuyo artículo instituía que

No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el (...), ecosistemas de páramo (...). Estas zonas



para producir estos efectos deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales. Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

Ahora bien, en lo que respecta al establecimiento de criterios, lineamientos y funciones para determinar las áreas de páramo, vale la pena destacar las normas contenidas en los artículos 202 de la Ley 1450 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) y 2° de la Ley 3570 de 2011, los cuales establecen, por una parte, que “los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo (...)”; y por la otra, que dentro de las funciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se encuentran las de “elaborar los términos de referencia para la realización de los estudios (...) para la delimitación de los ecosistemas de páramo y humedales, sin requerir la adopción de los mismos” y “expedir los actos administrativos para la delimitación de los páramos”⁷.

De igual forma, Colombia cuenta con una serie de instrumentos jurídicos de índole internacional que ha suscrito con el fin de garantizar la protección de recursos naturales, ecosistemas, el patrimonio natural, la biodiversidad, etc., y que deben considerarse para la protección de los páramos. Así, pues, se puede señalar, entre otras, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, el cual fue aprobado por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 165 de 1994, y que enmarca como objetivos principales “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos (...)”⁸. La suscripción de este Convenio fue uno de los primeros pasos que el país da después de la expedición de la Constitución Política en 1991⁹, con el propósito de cumplir el mandato dado por el constituyente referente a la protección ambiental y a la planificación en el aprovechamiento de los recursos naturales, en procura de garantizar un desarrollo sostenible. Asimismo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptada en Nueva York, fue aprobada mediante la Ley 164 de 1994, la cual tiene por objeto la “estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero

7 República de Colombia. Presidente de la República. Decreto-Ley 3570 de 2011, artículo 2°, numerales 15 y 16.

8 Naciones Unidas, Convenio sobre Diversidad Biológica, Art. 1. En: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>. Consultado el 10 de agosto de 2014.

9 Cabe aclarar en este punto que con anterioridad a la expedición de 1991, ya Colombia había expedido la Ley 17 de 1981 y la Ley 45 de 1983, a través de las cuales aprueba el Tratado de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora Silvestres en Peligro de Extinción (CITES) y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la Unesco, respectivamente.

en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”¹⁰.

De igual forma, mediante la Ley 357 de 1997, el Congreso de la República aprueba la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuática (RAMSAR), cuyo propósito fundamental se circunscribe a la conservación y uso racional de los humedales, de su flora y fauna, y especialmente de las aves acuíferas migratorias, las cuales son reconocidas como recurso internacional, al tiempo que se advierte de la importancia de los humedales en la regulación del ciclo hídrico y se resaltan estos ecosistemas por su gran valor económico, cultural, científico y recreativo.

Luego, en el año 2000, a través de la Ley 629 del mismo año, se aprueba en el país el Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. A través de este protocolo se establecen una serie de

(...) medidas para la formulación de programas nacionales y regionales que mejoren la información científica y técnica sobre emisiones para ser incluida en los inventarios nacionales de emisiones; la formulación de programas encaminados a la mitigación del cambio climático y la adaptación de los efectos del mismo; la cooperación en el desarrollo, aplicación y difusión de tecnologías ambientalmente racionales, relacionadas con el cambio climático, entre otras¹¹.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno a la protección del medio ambiente en el marco de desarrollo de actividades económicas, específicamente en el ejercicio de la minería, en los siguientes términos:

Desde esta perspectiva, el desarrollo económico y tecnológico en lugar de oponerse al mejoramiento ambiental, deben ser compatibles con la protección al medio ambiente y la preservación de los valores históricos y culturales. El concepto de desarrollo sostenible no es nuevo, los principios 4, 8, 11 y 14 de la Declaración de Estocolmo establecen la importancia de la dimensión económica para el desarrollo sostenible, que luego fue reproducido por el Tratado de la Cuenca del Amazonas, del cual Colombia es uno de sus miembros exclusivos, en el cual se refirió a la relación entre ecología y economía de la siguiente manera: “(...) con el fin de alcanzar un desarrollo integral de sus respectivos territorios amazónicos, es necesario mantener un equilibrio entre el crecimiento económico y la conservación del medio ambiente”¹².

10 Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 2. En: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>. Consultado el 10 de agosto de 2014.

11 República de Colombia, Congreso de la República, Cabrera, L., & Hernández, S., Unidad de Asistencia Técnica Legislativa de la Cámara de Representantes. *Estudios de páramos en Colombia*. En: <ftp://ftp.camara.gov.co/eal/O79%20ESTUDIOS%20PARAMOS%20EN%20COLOMBIA.pdf>, pág. 11. Consultado el 9 de agosto de 2014.

12 República de Colombia, Corte Constitucional, Jaime Araújo Rentería, Sentencia C-339 de 2002, Bogotá, 7 de mayo de 2002.



Por todo lo cual, la Corte precisó que se debe seguir el principio de precaución que obliga, frente a la ausencia de certeza científica en la exploración o explotación minera en un área determinada, brindar la protección al medio ambiente. En este mismo sentido, afirmó que además de las tres zonas registradas en el artículo 34 del Código de Minas, a saber, las áreas que integran los parques nacionales naturales, los parques naturales de carácter regional y las zonas de reserva forestal, la protección constitucional no se limita solamente a estas, sino que pueden existir otras áreas susceptibles del amparo constitucional con el expreso reconocimiento de la autoridad ambiental, dentro de las cuales, sin lugar a dudas, se pueden enmarcar los complejos de páramos.

Este postulado es ratificado por esta corporación en Sentencia C-443 de 2009, dentro de la que además concluye que

(...) a partir de la Constitución de 1991 se edifica un nuevo paradigma normativo que impone obligaciones al Estado y también a los particulares. El medio ambiente no solo es un derecho sino también un bien jurídico constitucionalmente protegido, cuya preservación debe procurarse no solo mediante acciones aisladas estatales sino mediante el concurso de todas las autoridades y el diseño de políticas públicas ajustadas a tal objetivo¹³.

A pesar de ese enorme marco jurídico que consagra el ordenamiento colombiano, mediante el cual no solo ha reiterado la especial importancia de los páramos para el interés social y bien público de los habitantes del territorio nacional, sino también la obligación del Estado colombiano de brindar y garantizar una eficaz y especial protección a estos; y muy a pesar de que el Código de Minas colombiano proscribía la posibilidad de llevar a cabo la minería en estas zonas, en el actual gobierno se han otorgado 37 títulos mineros en 14 parques nacionales; asimismo, en el período comprendido entre 1993 y 2010 se habrían otorgado 404 títulos para el ejercicio de esta actividad en 20 zonas de páramos y existirían cerca de 8.000 solicitudes para extracción y explotación minera en áreas protegidas¹⁴.

De conformidad con lo anterior surgen dos interrogantes encaminados a determinar el porqué de esta situación y qué hacer para remediar la misma. El primero de ellos: ¿por qué a pesar del gran marco jurídico que brinda una especial protección a los complejos de páramos y de hecho excluye la minería en estos ecosistemas, en Colombia se sigue desarrollando esta actividad en los mismos? Aunque la respuesta que se pueda dar a este interrogante no sea la más concreta y pueda llegar a ser sumamente controvertible, esta la podemos encontrar en los dos ámbitos en los que se ha centrado este estudio,

13 República de Colombia, Corte Constitucional, Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C-443 de 2009, Bogotá, 8 de julio de 2009.

14 Barreto Sarmiento, E. *Las dos caras de la minería en páramos: un debate pendiente*. En: <http://www.reclamecolombia.org/index.php/noticias/159-las-dos-caras-de-la-mineria-en-paramos-un-debate-pendiente>. Consultado el 5 de agosto de 2014.

es decir, en el jurídico y en el sociopolítico. Desde el ámbito jurídico, además de la inobservancia de la normatividad que regulan la materia por parte de diversos actores que terminan por ejercer la minería sin el lleno de requisitos establecidos para tal fin, en Colombia en muchas ocasiones opera una especie de ambivalencia o dualismo en tratándose del establecimiento de reglas claras en torno a las restricciones para el desarrollo de esta actividad en zonas de especial protección, puesto que, si bien es cierto que el país cuenta con una serie de instrumentos jurídicos tendientes a proteger las referidas áreas, dentro de ese mismo marco se concretan disposiciones que permiten practicar la minería como consecuencia del ejercicio de derechos previamente reconocidos. Así, por ejemplo, el artículo 34 del Código de Minas –Ley 685 de 2001–, modificado por el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010, hoy inexequible, donde se establecen las zonas excluibles de la minería, en su primer párrafo instituyó que: “En caso de que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetarán tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga”, lo que indubitablemente ha conducido a que se continúen ejecutando obras de exploración y explotación mineras en zonas referidas.

Ahora bien, desde la esfera sociopolítica no se debe perder de vista el actual contexto internacional. Así, es de saber que en este mundo globalizado, en el cual el desarrollo de un país se mide con base en indicadores económicos, sociales y políticos, Colombia, a través de sus dirigentes y por el ánimo de estar a la vanguardia del resto de países desarrollados, se ha dejado consumir por un sistema económico que cada día la sumerge más en sus entrañas y la condena al padecimiento de políticas excluyentes que afectan en mayor medida a las poblaciones menos favorecidas. Este es el panorama político que de manera más acertada permite la comprensión de la problemática que aqueja la minería en Colombia.

Desde la llamada apertura económica, en Colombia se han venido consolidando y desarrollando estrategias basadas en un desarrollo sin fronteras de la explotación minera y de hidrocarburos. El anterior Gobierno nacional, siguiendo esa línea, instituyó en su proyecto de Plan de Desarrollo Minero 2019, la inversión de las empresas extranjeras en la exploración y explotación de minerales como la principal fuente económica para el país¹⁵. La enorme riqueza natural, especialmente en el subsuelo, los bajos aranceles, las dadivosas exenciones tributarias y los múltiples convenios comerciales suscritos con países como Estados Unidos y Canadá, son algunas de las razones que sustentan el creciente auge minero-energético en el país.

15 Observatorio Nacional de Paz. *El páramo de Santurbán: ¿amenaza al desarrollo minero del país?* En: file:///C:/Users/Ordenador/Downloads/paramo_santurban.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2014.



En la mayoría de casos, las multinacionales están interesadas en la realización de proyectos de explotación de oro, plata y carbón. El tiempo límite para estas corporaciones no supera los 18 años (con excepción de lo que ocurre con El Cerrejón y la Drummond en La Guajira y Cesar, y con la BHP Billinton en Cerromatoso), esto debido a su rentabilidad en el mercado bursátil¹⁶.

Perpetuando el legado de su predecesor, el actual Gobierno ha prometido continuar y profundizar la política de convertir a Colombia en un “país minero”. Y al parecer quiere cumplir dicha promesa a toda costa y sin tener presente lo que esto conlleva. Tanto es así que expertos en materia económica como Mario Alejandro Valencia no dudan en afirmar que para todo ello

(...) el Estado continuó la política de la confianza inversionista con el propósito de atraer capitales foráneos garantizándoles enormes beneficios a través de exenciones tributarias, contratos de estabilidad jurídica, zonas francas especiales y un régimen especial de inversiones en el caso de la minería, donde terminan pagando unas regalías que no están ni cerca de compensar los nefastos impactos ambientales, económicos y sociales de la minería a cielo abierto. Según estudios de Guillermo Rudas, para el año 2009 las exenciones otorgadas a la minería correspondieron al 51% de la renta pagada a la nación, pero en el caso del oro fue del 86%. Regalías que con la reforma constitucional que el gobierno central tramita en el Congreso, les serán expropiadas a los municipios y departamentos con derechos presentes y futuros sobre ellas¹⁷.

Por tales razones no es de extrañar que en la actualidad las solicitudes mineras en Colombia sean abundantes, más aún en la región Andina, donde estas han llegado a cubrir cerca del 98% del área total, pasando por encima de páramos y reservas forestales¹⁸.

Ahora bien, ¿qué hacer para remediar esta situación, en procura de garantizar la protección integral de estos ecosistemas frente a la política extractivista que se ha venido consolidando en el país? Esta pregunta en sí misma reviste un alto grado de complejidad, inclusive más que la anterior, comoquiera que entraña un gran marco político, más aún cuando no se puede pretender que a través de la formulación y concreción de disposiciones normativas sea modificado el sistema económico que impera en el país –no se puede caer en esa ingenuidad–. En consecuencia, la respuesta que se dará al interrogante planteado no se encuentra dirigida a ello sino a la determinación de recomendaciones que conlleven a la adopción de estrategias jurídicas encaminadas a la protección de estas zonas.

16 Ibid.

17 Valencia, M. A. *El proyecto minero en Santurbán: sus impactos económicos y ambientales, y la lucha para detenerlo*.

18 Ministerio de Minas y Energía. (2009). Anuario estadístico minero colombiano. *El páramo de Santurbán: ¿amenaza al desarrollo minero del país?*, p. 44. En: file:///C:/Users/Ordenador/Downloads/paramo_santurban.pdf.

En primera medida, la Corte Constitucional debe ser más proactiva al tratarse del amparo del derecho del medio ambiente, como lo ha sido por ejemplo con los derechos de los desplazados y la salud de los colombianos, donde no se circunscribe solamente a la resolución de casos específicos, sino al establecimiento de directrices tendientes a proteger el referido derecho. Lo mismo debe ocurrir cuando esta, dentro de sus funciones, avoque el estudio de la problemática que se vive en estas zonas en torno al desarrollo de la actividad minera, la cual debe procurar, en principio, la unificación de los problemas más frecuentes, y en consecuencia el establecimiento de líneas de acción y recomendaciones para garantizar la protección de estos ecosistemas.

En segundo lugar, es necesario que el país revise la política tributaria y de regalías en relación del modelo extractivista imperante en este. Resulta inconcebible que hoy en día el Estado colombiano perciba tan solo entre el 4% y el 6% por concepto de regalías por cuenta de la extracción de minerales como el oro¹⁹, ello dependiendo de si se trata de explotación a cielo abierto o mediante aluvión, rubro del cual una fracción mucho más reducida se encuentra destinada al resarcimiento de los daños ambientales. Además de ello, en el país existe una política tributaria supremamente generosa con las empresas mineras, habida cuenta de las exenciones que les son concedidas en desarrollo de su objeto, hasta el punto de que Colombia está siendo considerada una especie de paraíso para la inversión minera. Por cuenta de lo anterior, los recursos que por este concepto se recaudan no son suficientes para mitigar el impacto ecológico que genera esta actividad, a pesar de que en los últimos años la producción aurífera ha venido en aumento; de hecho, entre el período 2007 a 2010 la producción se multiplicó 3,46 veces²⁰.

En ese sentido, la revisión que se haga de la política tributaria y de regalías debe encontrarse encaminada a determinar si responde efectivamente a las necesidades del país; en otras palabras, se debe establecer si los tributos, aranceles, regalías son realmente equitativos y constituyen una verdadera contraprestación por cuenta de la actividad ejecutada y el impacto causado por el desarrollo de la misma, para que ello se vea reflejado en la restauración del medio ambiente y en el mantenimiento del equilibrio ecológico.

Finalmente, Colombia debe procurar de manera concertada, a través del desarrollo de un proceso dialógico y democrático, con consultas que entrañen un alto grado de vinculación, la expedición de una norma marco en materia minera, dentro de la cual se establezcan reglas claras acerca del desarrollo de esta actividad en el país, determinando específicamente las áreas excluidas de

19 No se debe perder de vista que gran parte de la actividad minera que se ejerce en los páramos se encuentra encaminada a la extracción de minerales preciosos.

20 Valencia, M. A., & Orjuela, H. *Los beneficios que no deja la inversión extranjera. Análisis de los sectores minero y financiero en Colombia*. RECALCA, p. 17.



su ejercicio y proscribiendo cualquier sesgo de ambivalencia de su contenido. Si bien es cierto que se ha tratado de avanzar en ese sentido, actualmente tan solo 746,44 hectáreas de complejos de páramos integran el Sistema Nacional de Parques Naturales, lo cual no representa siquiera el 40% de la extensión total de estos ecosistemas. Por esta razón, dentro del ordenamiento que se concrete se deben instituir directrices y criterios técnico-científicos para determinar la posibilidad de ejecución de obras de exploración y explotación minera en cada una de las zonas que componen la geografía nacional.

Todo lo anterior constituye apenas una aproximación a la problemática que aqueja a los páramos del país, la cual no es más que un reflejo de las múltiples y variadas situaciones que se viven en diversos escenarios nacionales por cuenta del modelo extractivista que se ha venido consolidando en Colombia. Por esta razón se debe ser consciente de que este tema no debe pasar por una coyuntura más, sino que es necesario sentar las bases y abrir un debate serio ante el tipo de minería que se ejerce en el país, conducente a determinar si esta efectivamente responde a las necesidades y al interés nacional, de tal forma que ello conduzca al establecimiento de políticas públicas y disposiciones normativas para que esta actividad sea ejercida de manera sostenible y contribuya realmente al desarrollo de las fuerzas productivas de la nación.

Referencias bibliográficas

Barreto Sarmiento, E. *Las dos caras de la minería en páramos, un debate pendiente*. En: <http://www.reclamecolombia.org/index.php/noticias/159-las-dos-caras-de-la-mineria-en-paramos-un-debate-pendiente>.

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt Colombia. *Nueva cartografía 2013 de los páramos de Colombia: diversidad, territorio e historia*. En: <http://www.humboldt.org.co/investigacion/ecosistemas-estrategicos/paramos?highlight=YTo0OntpOjA7czo3OiJww6FyYW1vIjtpOjE7czoyOijkZSI7a-ToyO3M6Nzoic3VtYXBheil7aTozO3M6MTA6InDDoXJhbW8gZGUiO30=>.

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt Colombia. *Guía divulgativa de criterios para delimitación de páramos en Colombia*. En: http://humboldt.org.co/images/Atlas%20de%20paramos/Guia_delimitacion_paramos.pdf.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Parques Nacionales Naturales de Colombia, Parque Nacional Sumapaz*. En: <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/parques-nacionales/parque-nacional-natural-sumapaz/>.

Naciones Unidas. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. En: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

Naciones Unidas. *Convenio sobre Diversidad Biológica*. En: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

Naciones Unidas. Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. En: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>.

Observatorio Nacional de Paz. *El páramo de Santurbán: ¿amenaza al desarrollo minero del país?* En: file:///C:/Users/Ordenador/Downloads/paramo_santurban.pdf.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). *La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas RAMSAR*. En: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-texts-convention/on/main/ramsar/1-31-38%5E20671_4000_2.

República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

República de Colombia, Congreso de la República, Cabrera, L., Hernández, S. *Estudios de Páramos en Colombia*. En: <ftp://ftp.camara.gov.co/eal/079%20ESTUDIOS%20PARAMOS%20EN%20COLOMBIA.pdf>.

República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 1382 de 2010*.

_____. *Ley 1450 de 2011*.

_____. *Ley 164 de 1994*.

_____. *Ley 357 de 1997*.

_____. *Ley 3570 de 2011*.

_____. *Ley 373 de 1997*.

_____. *Ley 388 de 1997*.

_____. *Ley 629*.

_____. *Ley 812 de 2003*.

_____. *Ley 99 de 1993*.

República de Colombia, Corte Constitucional, & Sierra Porto, H. A. Sentencia C-443 de 2009, Bogotá, 8 de julio de 2009.



República de Colombia, Corte Constitucional, Jaime Araújo Rentería, Sentencia C-339 de 2002, Bogotá, 7 de mayo de 2002.

República de Colombia, Presidente de la República, *Decreto 1729 de 2002*.

_____, *Decreto-ley 3570 de 2011*.

_____, *Resolución 769 de 2002*.

_____, *Decreto 3600 de 2007*.

Valencia, M. A. El proyecto minero en Santurbán: sus impactos económicos y ambientales, y la lucha para detenerlo.

Vulneración de los derechos constitucionales

ambientales en el desplazamiento ambiental por factores asociados al cambio climático: corregimiento de Berlín, Samaná, Caldas

*Jenny Paola García González**

Resumen

Con la implementación de las políticas neoliberales en temas relacionados con la energía en Colombia han ido proliferando alternativas “limpias” al consumo de los combustibles que producen gases efecto invernadero y se han generado proyectos que pretenden aprovechar los recursos hídricos del país de una manera diferente a la tradicional. Sin embargo, la ejecución de dichos proyectos de índole hidroeléctrica ha ocasionado diversas controversias con respecto a las comunidades que habitan las zonas de influencia de los proyectos promovidos como Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL).

En el departamento de Caldas, el sector hidroeléctrico ha tenido un fuerte auge durante las últimas dos décadas, especialmente a partir del gobierno de César Gaviria Trujillo, periodo durante el cual el “fenómeno de El Niño” trajo consigo altas temperaturas y sequías prolongadas en todo el territorio nacional, lo que provocó un desabastecimiento considerable en las cuencas hídricas y embalses con los que, en ese entonces, contaba Colombia. Es justamente en el oriente de este departamento donde se ha construido el complejo hidroeléctrico Miel I, el cual ha provocado graves consecuencias ambientales, como efectos adversos en el clima de la zona, y sociales a raíz de la construcción de sus proyectos amplificadores.

El estudio de caso que pretendo exponer en el presente ensayo localiza su objeto de estudio en la comunidad del corregimiento de Berlín, municipio de Samaná, al oriente del departamento de Caldas, cuyo territorio ha soportado las graves

* Estudiante de último año de la carrera de Derecho en la Universidad de Caldas.



consecuencias de la construcción del trasvase del río Manso, el cual los ha dejado sin fuentes hídricas para su sostenimiento, ha provocado un cambio sustancial en el clima de la zona, ha afectado los cultivos y ha contribuido al deterioro y a la consecuente desvalorización de los predios.

Lo anterior ha forjado una situación de vulnerabilidad en la comunidad que ha venido sufriendo un desplazamiento paulatino que, si bien no responde al uso de la violencia, es producto de la evidente vulneración de derechos constitucionales de los campesinos que solían habitar las zonas de influencia de los proyectos liderados por la empresa Isagén S.A. E.S.P.

Introducción

El presente ensayo es resultado de la participación en el proyecto de investigación titulado “Desplazamiento ambiental de la población asentada en la ecorregión eje cafetero: incidencia de factores asociados por efectos del cambio climático” del nodo regional Eje Cafetero de Investigación Sociojurídica, compuesto por siete universidades, dentro de las cuales se encuentra la Universidad de Caldas con el Grupo de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales¹.

Dentro de la formulación de dicho proyecto se contempla el estudio de casos de desplazamiento ambiental por factores que puedan estar asociados al cambio climático, en este caso las represas como generadores de Gases Efecto Invernadero (GEI) que tienen incidencia directa en los climas de las zonas donde se encuentran establecidos.

El proyecto “Trasvase del río Manso al río La Miel” está localizado entre los municipios de Samaná y Norcasia, hace parte del Complejo Hidroeléctrico del Oriente de Caldas, nombre con el que se ha denominado el conjunto de proyectos de generación hidroeléctrica liderados por la empresa Isagén S.A. E.S.P “conformado por la represa Amaní principalmente y como proyectos

1 Proyecto de investigación “Desplazamiento ambiental de la población asentada en la ecorregión Eje Cafetero: incidencia de factores asociados por efectos del cambio climático”, ejecutado entre febrero de 2013 y diciembre de 2014. Investigación cofinanciada por el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Francisco José de Caldas (Colciencias) – Código: 112757235325– y la Red de Grupos y Centros de Investigación Sociojurídica Nodo Eje Cafetero de Colombia. Equipo de investigación: Investigador principal, Javier Gonzaga Valencia Hernández (abogado, PhD. en Derecho Ambiental, Grupo Estudios Jurídicos y Sociojurídicos de la Universidad de Caldas); coinvestigador Alejandro Guzmán Rendón y asistente Erika Milena Muñoz Villarreal de la Universidad de Caldas; coinvestigadores Claudia Alexandra Munévar Quintero y José Ricardo Álvarez Puerto de la Universidad de Manizales; coinvestigadoras Melissa Ríos Sarmiento y Alejandra María Aguirre de la Universidad La Gran Colombia, seccional Armenia; coinvestigadora Claudia María García Muñoz de la Fundación Universitaria del Área Andina, seccional Pereira; coinvestigadora Beatriz Elena Arango Castaño de la Universidad Libre de Colombia, seccional Pereira; coinvestigador Álvaro Hernán Mejía Mejía de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Cartago; coinvestigador Jaime Mejía Gutiérrez de la Escuela Superior de Administración Pública, dirección territorial Quindío, Risaralda; estudiantes de pregrado: Jenny García, Daniel Hassan Cardona, Manuela Rojas; joven investigadora Daniela García Mora.

amplificadores cuenta con los trasvases del río Guarinó al río La Miel en el municipio de Victoria, y el río Manso al río La Miel en el corregimiento de San Diego, además de la represa Miel II en la subcuenca de La Miel; y en la subcuenca de Samaná sur, dos proyectos: la central Butantán y el proyecto de Samaná Sur” (Lasso, Valencia & Sánchez, 2008, p. 70).

Durante la década del 2000 la población asentada en esta región fue desplazada por el conflicto interno que vivía la zona, tanto guerrilleros como paramilitares se disputaban los cultivos ilícitos y hacían víctimas del desplazamiento forzado a los habitantes del corregimiento Berlín. Hoy, después de haber regresado a sus tierras, y de que el control de la región hubiera sido recuperado por la fuerza pública, son víctimas de otro tipo de desplazamiento: uno cuyos victimarios han denominado desplazamiento “bueno” porque los obliga a buscar alternativas de vida diferentes a la “miseria” del campo. Estas personas fueron abandonadas por el Gobierno; los habitantes se sienten huérfanos y en efecto lo están. Los gobiernos locales, departamentales y nacionales han olvidado su compromiso con los electores y han perdido las esperanzas de recuperar lo que un día tuvieron.

Los proyectos de construcción de grandes infraestructuras hidroeléctricas y trasvases, además de los impactos ambientales que generan, involucran también una compleja problemática social causada por los intereses económicos y políticos en juego. Esto da como resultado el desconocimiento, vulneración y amenaza a los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales y en los sistemas jurídicos nacionales.

Problema jurídico de investigación

El trasvase del río Manso es un proyecto de generación hidroeléctrica que hace parte del complejo hidroeléctrico La Miel, ubicado en el oriente del departamento de Caldas. Dicha zona geográfica es una de las más ricas en biodiversidad del país y con gran cantidad de recurso hídrico, por lo que fue escogida por Isagén para establecer sus proyectos. Como consecuencia de la ejecución de estos se generó un fenómeno de desplazamiento paulatino de la población campesina de la región.

El problema jurídico es la amenaza y violación de los derechos ambientales constitucionales y la afectación al medio ambiente causada por la construcción del macroproyecto de infraestructura hidroeléctrica Trasvase Río Manso, en el corregimiento de Berlín, municipio de Samaná, oriente de Caldas. Entre los impactos principales y de mayor gravedad se encuentra la desaparición de 22 cuerpos de agua que ha afectado no solo los acueductos veredales, sino también los abastecimientos de los predios que tenían nacimientos en su territorio.



La solución de Isagén fue recurrir al mecanismo de la compraventa para los predios que fueron afectados de manera principal con la reducción de las fuentes hídricas, lo que produjo un desplazamiento de la comunidad campesina, y para quienes cuya afectación no revestía mayor gravedad, según la empresa, existió el mecanismo de la indemnización transada con los propietarios de los predios que han dejado de ser productivos.

Un efecto colateral del proyecto se evidencia en las formas de sustento económico de las personas, especialmente en los campesinos que viven del agro, ya que el aumento de las temperaturas locales, derivado del espejo de agua de la represa, ha modificado las condiciones de humedad relativa necesarias para la siembra de los productos, lo que disminuyó notablemente su calidad y cantidad en detrimento de los intereses económicos de la población.

La Constitución Política de 1991 contiene una dimensión ecológica encaminada a la protección de los recursos naturales en nuestro país y que se traduce en mandatos al Estado y a los particulares para garantizar su conservación. Además, Colombia goza de un vasto desarrollo legislativo en materia ambiental y en especial en la protección del recurso hídrico y de los derechos de los habitantes de las zonas ribereñas, quienes se ven directamente afectados por las alteraciones en los usos de los cuerpos de agua.

Sin embargo, la otra cara de la Carta Política nacional evidencia la creación de ciertas políticas que favorecen la apertura económica y la implementación de las políticas neoliberales para la explotación de los recursos naturales de nuestro país y el aprovechamiento por parte de privados y extranjeros de los beneficios que estos producen, todo amparado bajo el discurso de “desarrollo” a través de la política minero-energética.

Así las cosas, volcaron sus ojos hacia la zona Central-Andina colombiana, especialmente el oriente de los departamentos de Risaralda, Caldas y Quindío donde, en la actualidad, se están ejecutando alrededor de veinte proyectos hidroeléctricos a filo de agua y centrales hidroeléctricas de menor producción, cuyas licencias fueron, o están siendo, tramitadas en las Corporaciones Autónomas Regionales de cada departamento, y seis proyectos de mayor generación ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales como órgano competente del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Ahora bien, la mayoría de los proyectos propuestos por empresas como Isagén gozan de ser de utilidad pública en pro del interés general. Cobijados por una declaratoria del Ministerio de Minas y Energía, se les permite despojar a los pobladores de las zonas de influencia del proyecto de los territorios que han habitado por generaciones, para la construcción de las obras que el proyecto requiere, dejándolos no solo sin sus tierras, sino también sin sus tradiciones e identidad cultural.

Hipótesis

Dentro de las hipótesis podemos contemplar que la intervención del Estado como ente regulador y el llamado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Isagén frente a la comunidad, en pro de garantizar sus derechos, ha sido nula y ha dejado un sentimiento de vulnerabilidad en los habitantes de la zona frente a la empresa gestora de los proyectos de infraestructura hidroeléctrica.

La segunda hipótesis radica en la estrecha relación que tienen las represas, en especial el embalse Amaní, con el cambio climático, y más precisamente con el cambio del microclima de la localidad donde se encuentra construida. De esta manera, contribuye a cambios en los suelos y disminución de la calidad de vida de los habitantes de la zona, los cuales son sometidos a un doble desplazamiento forzado, primero por causas asociadas al conflicto armado interno, y segundo por los factores asociados al cambio climático. Esto nos lleva a la tercera hipótesis sobre la forma en que los habitantes del corregimiento de Berlín han sido revictimizados. No existe en el ordenamiento jurídico colombiano una categoría para identificar a esta población como desplazados, en este caso ambientales, pero podemos dar cuenta de que se ha manifestado un fenómeno migratorio forzado por causa de los daños, las afectaciones al medio ambiente derivadas de la ejecución del proyecto de infraestructura hidroeléctrica y los efectos adversos que este ha tenido sobre el microclima de la región. Igualmente, podemos establecer una relación entre el proyecto y su contribución con el aumento de la temperatura y emisiones de gases efecto invernadero.

Argumentos

La intervención del Estado como garante

Con respecto a la primera hipótesis, se observa una paradoja en lo referente a la acción del Estado: de un lado, es el principal obligado a limitar las conductas que pongan en peligro el bien jurídico medio ambiente y los derechos colectivos a los asociados; de otro, participa como accionista de algunas de las compañías dedicadas a la explotación del recurso hídrico.

En este caso, Isagén S.A. E.S.P. es una empresa colombiana de economía mixta; es una empresa del sector público con inversionistas privados dedicada a la generación y comercialización de energía hidroeléctrica.

Así las cosas, son múltiples las razones por las cuales el Estado, desde el Gobierno local hasta el Gobierno nacional, no hace una intervención efectiva sobre las problemáticas sociales y ambientales que ha generado la construcción del complejo hidroeléctrico en el oriente de Caldas.



La primera de ellas, y aludiendo a los ayuntamientos municipales, radica en el presupuesto. Samaná es un corregimiento con 809 km² de extensión y una población que asciende a los 24.595 habitantes² distribuidos en 177 veredas cuyas vías de acceso son difíciles, pues llegar a ellas desde la cabecera municipal se puede demorar alrededor de trece horas, no por la distancia, sino por las condiciones de infraestructura tan precarias que tienen las vías.

Según entrevista que sostuvo el equipo de investigación con el secretario de Agricultura de Samaná, Jorge Giovanni Ospina, el municipio cuenta con un presupuesto menor a 1.000 millones de pesos anuales, lo que no alcanza para cubrir las necesidades de todas las veredas o corregimientos, y recibe transferencias del 3% de Isagén que no representan una compensación real, lo que se hace es una especie de sorteo para tratar de llegar a todos con los programas de desarrollo campesino del Gobierno nacional, pero no es suficiente.

Otra de las razones por las cuales el Estado no realiza una intervención efectiva en la solución de las problemáticas de las zonas afectadas por la construcción de infraestructura hidroeléctrica radica en que no se ha propendido por la eficacia material de la normatividad ambiental y la ya reconocida con la honorable Corte Constitucional como “Constitución Ecológica” desde ninguna de las ramas del poder judicial.

A partir de la expedición de la Ley 23 de 1973 y del Decreto-Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente), el Estado colombiano cuenta con un cuerpo jurídico que reglamenta la explotación de recursos naturales renovables en el territorio nacional. Dentro de esta reglamentación se resalta la importancia del control por el Estado del uso de las aguas, que mereció un capítulo del referido Código y fue desarrollado mediante el Decreto 1541 de 1978.

La Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 2° que son fines del Estado, entre otros, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Congreso de Colombia, 1991).

La dimensión ecológica de la Constitución Política, que se encuentra plasmada en sus 49 artículos referentes al medio ambiente, lo reconoce como un bien jurídico que es a la vez un derecho de las personas, un servicio público y, ante todo, un principio que permea la totalidad del ordenamiento colombiano (Corte Constitucional, 2010).

Por lo anterior, en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido la existencia de una “Constitución Ecológica”, reforzada con la expedición de la Ley 99 de 1993

2 Información Geográfica y densidad poblacional tomadas de: <http://www.samana-caldas.gov.co/>.

o Ley General Ambiental, de tal forma que Colombia mereció reconocimiento como uno de los países pioneros en América Latina en abordar, de una manera tan completa, este tema de gran preocupación mundial.

La legislación ambiental colombiana está íntimamente relacionada con la noción de Estado Social de Derecho, por lo cual existe una relación directa entre los derechos colectivos y unas herramientas que permiten al Estado garantizar la efectiva participación ciudadana en las decisiones que tienen que ver con el medio ambiente (Valencia Hernández, 2007).

Sin embargo, la voluntad del constituyente y el legislador ha sido de poca observancia por las empresas ejecutoras de proyectos que puedan comprometer el bien jurídico medio ambiente, en especial en lo que tiene que ver con su factor participativo y con el principio de precaución establecido en el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, según el cual: “Cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. Esta situación se viene observando de manera especial en lo referente a proyectos extractivos y de generación de energía, cuya ejecución se considera de interés general. No hay una efectiva manifestación del poder sancionatorio del Estado, aun teniendo los argumentos suficientes para evitar un daño irreversible en los ecosistemas como medida cautelar mientras se adelanten los estudios científicos pertinentes.

Particular complejidad reviste el tema a la hora de abordar las problemáticas asociadas a proyectos relacionados con la construcción de grandes represas para la generación de energía hidroeléctrica, objeto de gran controversia a nivel internacional. Los crecientes conflictos generados por la construcción de represas dieron lugar a la creación, en el año 1997, de la Comisión Mundial de Represas, en cuyo informe *Represas y desarrollo* se lee: “Con frecuencia, sus efectos negativos no se valoraban ni se tomaban en cuenta adecuadamente”. (Comisión Mundial de Represas, 2000).

La construcción de este tipo de proyectos genera un sinnúmero de problemas ambientales y sociales que son abordados de manera errónea por las autoridades administrativas. De entrada, se concentran en la búsqueda de soluciones económicas y han dejado de lado la importancia de mitigar los impactos ambientales causados por los proyectos de explotación de recursos naturales, principalmente del recurso hídrico.

Represas y cambio climático

La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) ha sido enfática en manifestar las razones por las cuales los embalses o represas contribuyen de manera contundente a la emisión de GEI como gas metano y



CO₂, agravando la problemática del cambio climático: “Existe evidencia de que los embalses tropicales pueden emitir hasta 150 veces más CO₂ por kilovatio/hora que el generado por embalses en zonas boreales” (AIDA, 2009).

Para Valencia y Muñoz (2013),

Los cambios morfológicos producidos por las grandes represas implican también impactos climáticos tanto en los territorios locales como a nivel planetario. La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), Patrick McCully e International Rivers afirman que las grandes represas son una falsa solución al cambio climático, planteando así el concepto de represas sucias como manifestación contradictoria a las denominaciones de “alternativas limpias”, “energías limpias” o “mecanismos de desarrollo limpio”.

En este sentido, las represas sucias son una falsa solución porque: el cambio climático afectará de forma severa los lugares donde hay mayor concentración de construcción de represas; si el flujo de los ríos es cada vez más impredecible, represarlos no es una alternativa al cambio climático, dado que se generan incertidumbres de seguridad en las represas por posibles inundaciones. O si se generan sequías en los territorios, las represas pueden disminuir la capacidad y el flujo de los ríos aguas abajo.

Sin conocer lo que dice el informe, en entrevista realizada para el diario *La Patria*, Dorancé Loaiza manifiesta que

El cacao, el maíz y el frijol comenzaron a deteriorarse, en un fenómeno que denomina “yelar”, con el frío se dañaron; los cubría una especie de maleza, la colebruja, por la brisa del embalse de Amaní. Él le atribuye parte de sus infortunios a ese hermoso producto de la ingeniería, que se aprecia desde Lagunilla como un espejo verde. El clima frío que se creó en la zona, generalmente cálida, afectó los cultivos. Si antes producía 30 arrobas de cacao trimestralmente, con los cultivos “yelados” el número bajó, en los momentos más extremos, a tres. (Hernández, 2012).

Sin embargo, Dorancé no ha sido el único que se ha percatado de estos cambios. Los habitantes de la zona relatan que en horas de la madrugada hay una neblina espesa que recubre la represa y que con el amanecer esta sube por las montañas y se mete a los cultivos. Ellos atribuyen a esta neblina la reducción de la calidad del producto que antes cultivaban en sus terruños. Ha habido un evidente incremento en la humedad relativa de la zona, lo que antes se podía cultivar ya no es resistente a las nuevas condiciones climáticas, y esto les ha provocado un serio detrimento a nivel patrimonial y ha puesto en riesgo su seguridad alimentaria.

La queja de la comunidad es su escasez. Como es sabido, la comunidad de Berlín es esencialmente agrícola, los productos para su sustento se cultivan en las fincas de sus habitantes y la falta de agua produjo no solo desabastecimiento

y alza en los costos de los alimentos, sino también despidos de los empleados de las fincas, las cuales ya no producen lo mismo y cuyos propietarios se han visto obligados a prescindir de los servicios de los jornaleros por falta de dinero para el pago, con lo que se afecta su derecho constitucional al trabajo. Esto demuestra la importancia que tienen los saberes tradicionales o ancestrales y el conocimiento que proviene de la experiencia de los habitantes de los territorios en la identificación y solución de la problemática ambiental (Valencia Hernández, 2013, 2014).

No resulta difícil deducir que, lejos de combatir la amenaza del cambio climático, las represas se están convirtiendo en aceleradores de este proceso. La descomposición de la flora inundada y la sedimentación que producen naturalmente las aguas estancadas emiten gas metano que representa un riesgo climático. Los grandes espejos de agua, se convierten en superficies que facilitan su evaporación y aumentan las precipitaciones de la zona, lo que se traduce, evidentemente, en cambio climático.

Desplazamiento forzado por razones ambientales

Son muchos los factores que pueden incidir en la ocurrencia de este fenómeno. El primero de ellos, anclado a la hipótesis anterior, como consecuencia de la construcción de estos proyectos, es el cambio en el microclima de la zona.

A raíz de la construcción del embalse, la comunidad tuvo que cambiar sus formas tradicionales de cultivar y empezar a producir otro tipo de alimentos que pudieran ser más resistentes a las nuevas condiciones climáticas. Esto significó un cambio en su calidad de vida: dejaron de producir en calidad y en cantidad lo que producían antes, por lo cual muchos se vieron obligados a dejar de cultivar sus tierras por los altos costos que esta actividad requería.

Con la construcción del proyecto amplificador Trasvase Río Manso, la situación se hizo más crítica. Esto es un segundo factor del fenómeno migratorio. El túnel de 4,5 km que atraviesa la montaña sobre la cual se encuentra asentada la población ha infiltrado 22 cuerpos de agua que abastecían a la comunidad y a sus predios.

Debido a estos impactos, considerados “no previstos” en el Plan de Manejo Ambiental, y con base en una de las obligaciones específicas contempladas en la licencia ambiental³, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) en Resolución No. 300 de 29 de diciembre de 2011, luego de exponer que “la

3 “En caso de presentarse, durante el tiempo de ejecución de las obras u operación del proyecto, efectos ambientales no previstos, el beneficiario de la presente Licencia Ambiental deberá suspender los trabajos e informar de manera inmediata a este Ministerio, para que determine y exija la adopción de las medidas correctivas que considere necesarias, sin perjuicio de las medidas que debe tomar el beneficiario de la misma para impedir la degradación del medio ambiente. El incumplimiento de estas medidas será causal para la aplicación de las sanciones legales vigentes a que haya lugar” (Resolución 2282 de 2006, MAVDT, p. 61).



construcción del túnel de desviación ha generado una drástica disminución del caudal en unos casos y secamiento total en otros casos, respecto de más de 20 fuentes hídricas identificadas sobre dicho túnel” (p. 52), concluye que “permitir que inicie la operación del Trasvase en las condiciones actuales representaría un riesgo sobre las fuentes hídricas que están ubicadas sobre el túnel de desviación y sobre algunas especies de fauna” (p. 53). Por ello, acogiendo la recomendación plasmada en el concepto técnico 1900 impone medida preventiva consistente en prohibir la entrada en operación del trasvase del río Manso hasta tanto se hayan recuperado los cuerpos de agua.

Como fundamento jurídico de la elección de medida preventiva, la ANLA recurre a los artículos 4°, 12, 36 y 39 de la Ley 1333 de 2009, e indica que se han identificado razones suficientes para concluir que los recursos naturales se encuentran en riesgo. Visto que en el texto del acto administrativo se hace mención a la existencia de afectaciones ya consumadas, vale la pena anotar que el artículo 80 de la C. P. de 1991 establece el deber del Estado colombiano de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, además de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Al recurrir a una medida cuya finalidad es la prevención ante la posibilidad de riesgo, habiéndose verificado una afectación consumada en 22 cuerpos de agua, la ANLA resta importancia a una situación ya consumada mediante Resolución No. 533 del 4 de junio de 2013, y sin siquiera haber iniciado la recuperación de los nacimientos de agua hace a un lado su deber sancionatorio y deja en manos de la empresa la elaboración de un estudio que determine el grado de incidencia de la construcción del túnel en los medios físico, biótico y socioeconómico, a partir del cual debía:

- Presentar los resultados de la modelación del comportamiento de las aguas superficiales y subterráneas, para la situación correspondiente al recubrimiento total del túnel.
- Proponer las medidas de manejo que, en primera instancia, permitan la recuperación del recurso hídrico. De no ser posible lo anterior, presentar las medidas que compensen la afectación generada por el trasvase sobre los medios físico, biótico y socioeconómico. (ANLA, 2011)

Tras la innegable afectación ambiental ocasionada por la construcción del proyecto, una de las medidas de compensación implementadas por Isagén fue la compra de los predios que habían sufrido la afectación más gravosa. De esa manera, alrededor de 462 hectáreas han pasado de manos de los campesinos que tradicionalmente habitaban la zona a manos de la empresa compañía, aunada a la “gestión predial” en la cual se realizan contratos de transacción por perjuicios –también a los propietarios– en caso de constatarse afectaciones a las actividades económicas.

Consecuencias

En entrevista realizada para el diario *La Paria*, María Luz Pérez, gerente de proyectos de generación de Isagén, reconoce que las consecuencias de la construcción del túnel están generando desplazamiento: “Es diferente el desplazamiento de los grupos armados al que hacemos nosotros” (Hernández, 2012).

Hablamos de una revictimización en tanto la población asentada en esta región sufrió las consecuencias del conflicto armado en Colombia durante los primeros años de la década del 2000 y fueron obligados a abandonar sus tierras por cuenta del mismo. La concurrencia de factores como el cambio climático, la disminución del trabajo y empleo agrícola, la disminución de las fuentes hídricas, producen, de manera inevitable, un fenómeno migratorio “involuntario” de la población campesina que habitaba tradicionalmente el corregimiento de Berlín. Sin otras alternativas para su sustento, dicha población se ve obligada por las circunstancias a transar con Isagén para obtener algún tipo de compensación y no irse con las manos vacías.

Con respecto a las comunidades campesinas, es preciso anotar que, si bien el desplazamiento de los pobladores del área de influencia del proyecto “Trasvase del río Manso” no responde a la violencia, se da en un momento en que el país se ha comprometido a elaborar mecanismos de transición y ha reconocido la gravedad de los problemas derivados de las situaciones de despojo y desarraigo que se han presentado para los habitantes del campo, población protegida constitucionalmente, a lo largo de las últimas décadas. Ahora bien, no ha habido una verdadera materialización del derecho fundamental de acceso a la justicia ambiental (Valencia Hernández, 2014) del cual, como todos los ciudadanos colombianos, son titulares los habitantes del corregimiento de Berlín que, tras haber manifestado las irregularidades ante las diferentes autoridades nacionales, no han encontrado un verdadero apoyo en la defensa del medio ambiente y de su entorno.

Así las cosas, y tras la escasa intervención Estatal para la solución de la problemática, entre los habitantes del corregimiento de Berlín se respira cierto aire de resignación por estar luchando contra un mal vecino, que a su vez es parte del mismo Estado al cual le han implorado acciones concretas contra las irregularidades en la construcción del proyecto.

Conclusiones

Tras el análisis de los elementos contemplados en el desarrollo del ensayo, podemos concluir que el fenómeno del desplazamiento forzado por causas ambientales en el corregimiento de Berlín, oriente de Caldas, es un fenómeno que se puede evidenciar con facilidad. En efecto, la misma comunidad se



reconoce como víctima de un desplazamiento que ellos denominan como “indirecto”. Isagén ha comprado los predios de muchos campesinos que se vieron afectados por la construcción del proyecto, especialmente aquellos en cuyos predios había nacimientos de aguas superficiales y que desaparecieron por la construcción del túnel.

Sin embargo, la comunidad aduce que esta no es la única razón para el desplazamiento. La falta de agua generó disminución de las fuentes agrícolas de trabajo, por lo cual quienes solían vivir como empleados en otras fincas fueron despedidos por el deterioro de las mismas.

A pesar de que el mecanismo que más ha utilizado la comunidad para visibilizar su problemática ante las distintas autoridades ha sido el Derecho de Petición, este ha sido usado de manera repetitiva por cada uno de los habitantes de Berlín. Las multitudinarias manifestaciones de daños, inconformidades, violaciones de derechos y denuncias de engaños a la comunidad no han surtido ningún efecto. Las autoridades locales no han tenido mayor incidencia y el Ministerio del Medio Ambiente solo ha sido enfático en su función de protección al medio ambiente, sin poner mucha atención al componente social que integra el proyecto, por lo que ha abandonado a las comunidades en su lucha por la reparación a los daños sociales y culturales que la construcción de este proyecto les ha generado.

Las respuestas evasivas han sido el pan de cada día para cada una de sus peticiones y esto ha generado una pérdida de confianza en el Estado como garante de los derechos constitucionales de los colombianos. Aunado a lo anterior está la falta de organización y cohesión social para iniciar acciones jurídicas y políticas en busca de visibilizar y encontrar soluciones a su problemática, lo que ha permitido una solución desde la visión materialista y económica del derecho privado propuesta por Isagén a los individuos de la comunidad.

Referencias bibliográficas

Comisión Mundial de Represas. (2000). *Represas y desarrollo: un nuevo marco para la toma de decisiones*. Londres: CMR.

AIDA. (2009). *Informe Grandes Represas en América Latina. ¿Peor el remedio que la enfermedad?*

ANLA. (2011). Resolución 300 .

Congreso de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-703*.

Hernández, C. (2012). Secos y desplazados por falta de agua en Berlín (Samaná). *La Patria*. En: www.lapatria.com/caldas/secos-y-desplazados-por-falta-de-agua-en-berlin-samana-21460.

Valencia Hernández, J. G. (2007). Estado ambiental, democracia y participación ciudadana en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. *Jurídicas*, 4(2), 163-185.

_____. (2014a). *El acceso a la justicia ambiental. Configuración en los espacios nacionales e internacionales. Estudio comparado Brasil, Colombia y México*. México: Porrúa.

Valencia Hernández, J. G., & Muñoz-Villarreal, E. (2014). Las grandes represas del trópico ante el Cambio Climático. ¿Una solución limpia? *La Jornada*. En: <http://www.jornada.unam.mx/2014/06/21/cam-tropico.html>.

Valencia Hernández, J. G. (2013). Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental. *Jurídicas*, 1(10), pp. 123-146.

El principio de precaución y el fracking en Colombia

*Darío Fernando Andrade Sarasty**

Creo que todavía no tenemos una conciencia clara de algo que me parece muy importante: y es que los derechos de la naturaleza y los derechos humanos son dos nombres de la misma dignidad... Más de cinco siglos llevamos regalando los recursos naturales, otorgando a cambio de nada recursos naturales que después se van. Se van sin decir adiós, sin decir gracias siquiera, dejando a sus espaldas inmensos agujeros, miles de muertos, en los socavones, en las plantaciones. Fantasmas, palacios vacíos.

Eduardo Galeano.**

Resumen

El principio de precaución y la protección constitucional al medio ambiente tienen una relación directa, pues el principio de precaución es el desarrollo del deber de protección al medio ambiente, y el principio de precaución debe cumplir tal cometido por medio de la prevención del daño, y esto se logra cuando existe falta de certeza científica absoluta de la existencia de daños graves e irreversibles en el medio ambiente, pues esta falta de certeza no podrá ser obstáculo para la adopción de medidas que permitan evitar la degradación del medio ambiente.

Introducción

El modelo extractivista para la producción de energías no renovables es el que ha gobernado el mundo por muchos años. A él se han unido gobiernos de distintos tintes políticos y los han denominado de diferentes formas. El presidente de Colombia Juan Manuel Santos lo llamó la locomotora minera, con la que pretende obtener magníficos recursos para el desarrollo del país.

* Estudiante de último año de la carrera de derecho en la Universidad Libre Seccional Cali.

** Transcripción de una intervención en video. En: <http://nuestrouniversovivo.blogspot.com/2012/04/megamineria-saqueo-e-indignacion-por.html>. Consulta: 26 de julio de 2014.



Pero estos tipos de políticas no siempre tienen una relación muy amable con el medio ambiente, pues en ocasiones los costos ambientales generados por estos tipos de explotaciones superan en creces las ganancias obtenidas por los mismos. Este es el caso de la fractura hidráulica, una técnica utilizada para la explotación de hidrocarburos no convencionales que con la misma fuerza que arrancó en Estados Unidos fue prohibida o le declararon moratorias en países de Europa, y ello no se debe a los caprichos de los gobiernos de turno, ni a la falta de deseo de progreso. Las razones tienen mucho respaldo jurídico pues existen riesgos respaldados por estudios científicos que, aunque no absolutos, dan cuenta de posibles daños graves e irreversibles al medio ambiente y a la salud de las personas.

Es por ello que el constituyente de 1991 estableció un plus de disposiciones encargadas de la protección del medio ambiente, y para el cumplimiento de tales deberes se acogieron distintos principios internacionales, como el principio de precaución. Este principio tiene como fin la protección del medio ambiente a través de la prevención; puede ser aplicado aun cuando exista falta de certeza científica absoluta sobre los posibles daños graves e irreversibles que pueda ocasionar una actividad que contenga un riesgo. Esta falta de certeza no será obstáculo para la formulación de políticas ambientales destinadas a evitar la degradación del medio ambiente. La filosofía de este principio es elemental: prevenir para no lamentar, es decir evitar el daño, así estos solo sean una amenaza, para preservar bienes comunes como el medio ambiente, que de resultar afectados sería muy difícil recuperarlos.

En este sentido, aplicar el principio de precaución teniendo en cuenta los presupuestos que en este sentido ha establecido la Corte Constitucional colombiana llevaría a declarar una moratoria al *fracking*, y pondría fin al desconocimiento que las autoridades ambientales están haciendo de este principio.

En el presente texto se busca dar respuesta a un problema jurídico con los siguientes argumentos: i) los hidrocarburos no convencionales y la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*), ii) referentes internacionales sobre la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) y sus efectos en el medio ambiente y la salud de las personas, iii) el principio de precaución, su consagración internacional y nacional, iv) el principio de precaución y la protección constitucional al medio ambiente, y v) análisis del caso en concreto.

Problema jurídico

El presente documento resolverá el siguiente problema jurídico: ¿la puesta en marcha en Colombia de la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) para la explotación de hidrocarburos no convencionales, desconoce el principio de precaución contemplado en el numeral 6, del artículo 1°, de la Ley 99 de 1993, y con ello la protección constitucional al medio ambiente?

Hipótesis frente al problema

La adjudicación de áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales por medio de la fractura hidráulica (*fracking*) en Colombia desconoce normatividad internacional y nacional referente al principio de precaución, atentando así contra la protección constitucional al medio ambiente.

Para resolver tal interrogante y desarrollar tal hipótesis habrá que referirse a:

Argumentos que sustentan la hipótesis

1. Los hidrocarburos no convencionales y la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*).
2. Referentes internacionales sobre la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) y sus efectos en el medio ambiente y la salud de las personas.
3. El principio de precaución, su consagración internacional y nacional.
4. El principio de precaución y la protección constitucional al medio ambiente.
5. Análisis del caso concreto.

1. Los hidrocarburos no convencionales y la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*)

Los hidrocarburos no convencionales, en adelante (HNC), según la definición de la Agencia Nacional de Hidrocarburos son:

Hidrocarburos presentes en el subsuelo en estado diferente a los hidrocarburos líquidos convencionales o gas libre, incluyendo gas asociado a los primeros; o hidrocarburos que se encuentren en yacimientos no convencionales. Esta definición incluye hidrocarburos tales como crudos extrapesados, arenas bituminosas, gas en mantos de carbón, yacimientos de muy baja porosidad (*tight*) e hidratos de gas¹.

Estos hidrocarburos son una fuente de energía que en su estado natural se encuentra en condiciones físicas diferentes a los hidrocarburos convencionales. Los HNC se almacenan en una roca denominada “roca generadora” pues es ahí donde se presenta el proceso de “catagénesis” para la transformación de petróleo y gas. Entre las características de la roca generadora se tiene su baja porosidad y escasa permeabilidad, esta roca generadora se encuentra a profundidades de incluso los 3.000 metros, una profundidad mayor que los hidrocarburos convencionales. Estas características hacen que el petróleo y el gas estén atrapados en estas rocas² y que las técnicas de extracción sean diferentes a las convencionales.

¹ Agencia Nacional de Hidrocarburos. Glosario. En: www.anh.gov.co.

² López Anadon, E. (2013). *El abecé de hidrocarburos en reservorios no convencionales*. Buenos Aires: Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, p. 4.



Al momento tenemos que existen dos diferencias entre los HNC y los convencionales. La primera es su forma de almacenamiento, y la segunda, consecuencia de la anterior, es la técnica de extracción, pues para los HNC se utiliza la fractura hidráulica, o mejor conocido como *fracking*.

La técnica de la fractura hidráulica para la explotación de HNC no es nueva. Desde tiempo atrás se conocía de la existencia de los HNC y de esta técnica, pero no existía la tecnología para que la explotación de estos recursos generara utilidades³. Pues bien el *fracking* consiste en:

(...) la inyección de fluidos en el yacimiento, a altas presiones, suficientes para inducir la ruptura de la formación. A continuación se inyectan materiales granulares, desde arena hasta materiales sintéticos de tipo cerámico, con el objeto de mantener abierta la fractura al cesar el bombeo creando un conducto delgado, pero de muy alta conductividad entre el yacimiento y el pozo⁴.

Para el empleo de esta técnica se realiza una perforación desde el suelo en sentido vertical que puede recorrer los dos o tres kilómetros de profundidad. Posteriormente se realiza un giro de 90 grados y se continúa con la perforación en sentido horizontal, recorriendo entre uno y tres kilómetros más. A continuación se inyecta un coctel constituido de agua en gran cantidad, con aproximadamente el 98% del líquido, el 2% restante del líquido contiene arena, materiales de tipo cerámico y diferentes químicos que no son conocidos de manera precisa pues las empresas explotadoras no las revelan. Esta mezcla, al ser inyectada a gran presión, hace que la roca generadora se fracture y aumente su permeabilidad y porosidad para que el hidrocarburo se libere⁵.

2. Referentes internacionales sobre la técnica de la fractura hidráulica y sus efectos en el medio ambiente y la salud de las personas

La fractura hidráulica para la explotación de hidrocarburos no convencionales (HNC) tiene sus orígenes en los Estados Unidos⁶. Esta técnica que anteriormente era mal vista por los costos que generaba le ha empezado a dar a la potencia americana un repunte en su producción energética pensando ya en una posible independencia de las importaciones de hidrocarburos y en el posicionamiento

3 Ibid., p. 5.

4 Herrera Cadena, G.N. (2009). *Estudio técnico-económico posfractura en el campo Cononaco*. Ecuador: Escuela Politécnica Nacional.

5 López Anadon, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

6 Pozzi Sandro, G.M., padre de la técnica del "*fracking*". En: http://economia.elpais.com/economia/2013/08/04/actualidad/1375653454_080358.html. Consulta: 20 de Julio 2014.

como exportadores de gas⁷. Pero esta ola del *fracking* no solo se ha quedado en los Estados Unidos, posteriormente y tras ver los buenos resultados americanos, la aplicación de esta técnica se fue difundiendo por Canadá⁸, Europa⁹ y más tarde en América Latina¹⁰ y África¹¹.

Del mismo modo que esta técnica empezó a utilizarse alrededor del mundo, distintos países empezaban a prohibirla o a declarar moratorias debido a los negativos impactos ambientales y a la salud de las personas que el uso de esta técnica producía. Francia, mediante la Ley del 13 de julio de 2011, prohibió la exploración y explotación de hidrocarburos con la técnica del *fracking*. Como lo precisó el diario *La vanguardia* de España, el legislador francés tuvo como argumento la prevención y protección al medio ambiente, y el Tribunal Constitucional respaldó esa decisión¹².

Bulgaria es otro país que le dijo no al *fracking*¹³, y se convirtió en el segundo de Europa después de Francia en prohibirlo totalmente; al igual que Vermont, un Estado de Estados Unidos que también decidió prohibirlo totalmente en su territorio¹⁴. Pero otros países no han decidido darle el no rotundo al *fracking*; en su lugar han declarado moratorias con el fin de que se investigue sobre los efectos que produce esta técnica o se establezcan reglamentaciones para su uso. Entre otros que decidieron en su momento darle un tiempo al *fracking*

7 Edge, Energía de Estados Unidos. *Relaciones Exteriores*. 12 de febrero 2014. En: <http://www.foreignaffairs.com/articles/140750/robert-d-blackwill-and-meghan-l-osullivan/americas-energy-edge>. Consulta: 25 de julio de 2014.

8 The Council of Canadians. *Fracker Tracker*. En: <http://canadians.org/fracking/fracker-tracker>. Consulta: 20 de julio 2014.

9 BBC News. *Empresas de América del norte a dejar fracking de gas de esquisto en Polonia*. En: <http://www.bbc.com/news/business-22459629>. Consulta: 20 de julio de 2014.

10 Sharon, K. (2014). *Shale rush hits Argentina as oil majors spend billions on fracking in andes region*. En: <http://www.desmogblog.com/2014/05/29/shale-drilling-rush-hits-argentina-oil-majors-spend-billions-fracking-andes>. Consulta: 20 de julio de 2014.

11 Fracking Resource. (2013). *High stakes: Fracking in Southafrica*. En: <http://frackingresource.org/2013/11/13/high-stakes-fracking-in-south-africa/>. Consulta: 20 de julio de 2014.

12 La Vanguardia. (2013). *El Constitucional Francés ratifica la prohibición total del fracking*. En: <http://www.lavanguardia.com/medio-ambiente/20131011/54390901404/consejo-constitucional-frances-ratifica-prohibicion-total-fracking.html>. Consulta: 20 de julio de 2014.

13 Diagonal Global. (2012). *Bulgaria prohíbe el fracking EE. UU. insiste*. En: <https://www.diagonalperiodico.net/global/bulgaria-prohibe-fracking-ee-uu-insiste.html>. Consulta: 20 de julio de 2014.

14 Etnier, C. (2012). *Vermont first state in nation to ban fracking for oil and gas*. En: <http://vtdigger.org/2012/05/04/vermont-first-state-in-nation-to-ban-fracking-for-oil-and-gas/>. Consulta: 20 de julio de 2014.



encontramos al Estado de South Walles en Australia¹⁵, Inglaterra¹⁶, Ciudad de California (EE. UU.)¹⁷, etc.¹⁸.

2.1. Efectos de la fractura hidráulica en el medio ambiente y en la salud de las personas

Como se precisó antes, los motivos de las prohibiciones y moratorias están ligadas a la falta de certeza científica de los efectos que la técnica de la fractura hidráulica produce sobre el medio ambiente y la salud de las personas. Como se constata en las anteriores citas, los gobiernos que declararon su moratoria indicaron a sus autoridades ambientales iniciar investigaciones científicas para identificar los efectos de esta técnica, y con bases sólidas científicas determinar si el *fracking* debe ser prohibido o permitido mediante un tipo especial de reglamentación.

Pero no son pocas las referencias acerca de los efectos negativos que el *fracking* produce al medio ambiente y a la salud de las personas. En el libro *Impacto social y ambiental del fracking* cuyo coordinador es el senador Mexicano Benjamín Robles Montoya, se habla de estos efectos, coincidiendo con lo que expresan muchos medios de comunicación nacionales e internacionales, al igual que organizaciones sociales, centros de investigaciones que buscan proteger el medio ambiente y los derechos humanos¹⁹. Dentro de los efectos que se tocan en dicho libro encontramos el uso intensivo de agua. No existe un dato absoluto, pero se estima que cada pozo necesita alrededor de 9 a 29 millones de litros de agua que, como dijimos, se mezcla con arena, cerámica y químicos, y que después de la inyección regresa a la superficie contaminada no solo con los químicos que ingresó, sino que además contiene sustancias que se mezclan con el proceso de la fractura, y se tiene así una mezcla totalmente tóxica, nociva para la salud y el medio ambiente. Entre los químicos, que las empresas no los revelan, se encuentran algunos cancerígenos y muy tóxicos para la salud humana²⁰. El agua también puede ser contaminada por el gas

15 Burke, J. (2011). *Moratorium extended onfracking in NSW*. En: <http://www.miningaustralia.com.au/news/moratorium-extended-on-fracking-in-nsw>. Consulta: 20 de julio de 2014.

16 Observatorio Petróleo Sur. (2012). *Perforando el subsuelo de la corona*. En: <http://opsur.wordpress.com/2011/12/22/fracking-inglaterra-perforando-el-subsuelo-de-la-corona/>. Consulta: 20 de julio de 2014.

17 Rory, C. (2014). *California city halts new oil drilling over fracking concerns*. En: <http://www.reuters.com/article/2014/03/19/california-fracking-idUSL2NOMG04020140319>. Consulta: 23 de julio de 2014.

18 Para conocer referentes de las regiones donde se han prohibido o declarado moratorias, consultar los siguientes enlaces: <http://keeptapwatersafe.org/global-bans-on-fracking/>; <https://maps.google.com/maps/ms?msa=0&msid=200511494811990958325.0004cd604a3fd8c0df2bf&dg=feature>.

19 Entre otros, puede consultarse: <http://dejusticiablog.com/2014/07/14/the-shale-gas-revolution-undermines-green-energy-development/>; http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf

20 Robles, B. *Impacto social y ambiental del fracking*. En: <http://www.nofrackingmexico.org/libro.pdf>. Consulta: 23 de julio 2014.

que se filtra, como se aprecia en el documental *Gasland*, donde una familia, al poner un encendedor al lado de la llave del agua, encuentre que se prende en llamas. Además algunos estudios de la Universidad de Texas y la Universidad Duke encontraron que en aguas cercanas a los pozos con fractura hidráulica había presencia de arsénico, metanol, etanol²¹, al igual que niveles peligrosos de salinidad y radioactividad en los vertederos de estas aguas²². En síntesis, son muchos los efectos negativos que la fractura hidráulica causa sobre el agua, efectos que en muchas ocasiones las empresas niegan y que actualmente son objeto de investigaciones científicas.

Respecto a las sustancias químicas que se utilizan en la inyección, algunas empresas no revelan los químicos alegando proteger derechos industriales, pero dentro de las sustancias que se utilizan se pueden encontrar inhibidores de corrosión, ácidos, bactericidas, reductores de fricción, agentes gelificantes, solventes, entre otros, esto según un estudio realizado en New York²³. También los efectos del *fracking* contribuyen en el cambio climático debido a que en el proceso de fracturación partículas de gas metano escapan a la superficie y esto favorece mucho en el efecto invernadero.

La contaminación del *fracking* también se ve reflejada en las comunidades aledañas a los pozos, pues se afecta su entorno. Para el transporte del agua para la inyección y el hidrocarburo que se obtiene se utilizan camiones de tráfico pesado y se realizan alrededor de 4.000 viajes, según el impacto social y ambiental del *fracking*²⁴.

En suma, la técnica del *fracking* en mayor medida afecta el agua que se utiliza y los recursos acuíferos que lo rodean estarían en grave peligro. Ello genera un riesgo tanto para el medio ambiente como para salud de las comunidades aledañas al pozo.

Los efectos del *fracking* son variados: van desde el uso intensivo del agua, pasando por contaminación de la misma con químicos, contaminación de acuíferos, contribución al cambio climático, afectación de la vida de las comunidades aledañas a los pozos, seísmos que pueden ser hasta de una magnitud 3 en la escala de Richter, riesgos para la biodiversidad potencialmente altos, tráfico

21 Scientific American. Meyer Teodorico. (2013). *High levels of arsenic found in ground water near fracking sites*. En: <http://www.scientificamerican.com/article/high-levels-of-arsenic-found-in-ground-water-near-fracking-sites/>. Consulta: 24 de julio de 2014.

22 The Guardian. Carus Felicity. *Dangerous levels of radioactivity found at fracking waste site in Pennsylvania*. En: <http://www.theguardian.com/environment/2013/oct/02/dangerous-radioactivity-fracking-waste-pennsylvania>. Consulta: 24 de julio 2014.

23 New York State. (2011). *Natural gas development activities & High Volume Hydraulic Fracturing*. En: http://www.dec.ny.gov/docs/materials_minerals_pdf/rdsgeisch50911.pdf. Consulta: 25 de julio de 2014.

24 Robles, *op. cit.*, p. 47.



pesado, contaminación visual, hasta el riesgo de impacto visual, todos estos peligros se encuentran documentados en un estudio de la Comisión Europea de Medio Ambiente sobre la fractura hidráulica en Europa²⁵. Este estudio precisa un impacto potencialmente importante sobre la calidad del aire, emisiones que pueden afectar el ozono, agentes disueltos en el agua que pueden convertirse en contaminantes peligrosos, fugas que pueden producirse después de abandonado el pozo, contaminación acústica producto de la perforación del pozo y del tráfico pesado. Precisa también que existe un riesgo elevado de contaminación de aguas superficiales y subterráneas en la construcción de los pozos, en la fractura hidráulica, en la explotación y en el abandono de ellos. También determinó riesgos importantes sobre los recursos hídricos, debido al consumo excesivo de agua y a la multiplicación de pozos, aspectos que afectan ecosistemas y la disponibilidad de agua para el consumo humano. Teniendo en cuenta que los recursos hídricos reducirían sustancialmente sus niveles, lo anterior se convierte en ayuda fundamental si se quieren aplicar estas técnicas en un país tan megadiverso como lo es Colombia.

Otro estudio realizado por investigadores americanos concluye que la exposición a las operaciones de perforación afecta de manera grave la salud de los humanos y los animales²⁶. Por su parte, un estudio de investigadores de la Escuela de Salud Pública de Colorado afirma que la contaminación de aire producto del uso de la técnica del *fracking* contribuye a problemas de salud de quienes viven cerca de los pozos²⁷. Existen además otros estudios que dan cuenta del riesgo y el posible daño en la aplicación de esta técnica sobre el medio ambiente y la salud de las personas²⁸.

3. El principio de precaución, su consagración internacional y nacional

Prevenir es mejor que curar, ese es el lema que opera en el principio de precaución. Este principio de protección y prevención ambiental nos remite a diferentes tratados y convenciones internacionales, como la Declaración de Río

25 Broomfield, M. AEA. European Commission DG Environment. Support to the identification of potential risks for the environment and human health arising from hydrocarbons operations in volving hydraulic fracturing in Europe. En: http://www.fracturahidraulicano.info/sites/default/files/media/documentos/estudio_comision_europea_20120810.pdf. Consulta: 26 de julio 2014.

26 Bamberger, M., Oswald, R. (2012). *New Solutions, Soluciones Científicas. Impactos en la perforación para obtener gas natural en la salud humana y animal*. En: <http://es.scribd.com/doc/96816838/Estudio-Completo-Universidad-de-Cornell-Impacto-en-Personas-y-Animales-de-las-explotaciones-de-Fracking-Castellano>. Consulta: 27 de julio de 2014.

27 David, K. University of Colorado Denver. Study shows air emissions near fracking sites may pose health risk. En: <http://www.ucdenver.edu/about/newsroom/newsreleases/Pages/health-impacts-of-fracking-emissions.aspx>. Consulta: 27 de julio de 2014.

28 Para conocer otros estudios y fuentes de información consultar el siguiente enlace: <http://www.scoop.it/t/estudios-informes-y-reportajes-sobre-los-peligros-de-la-fractura-hidraulica-fracking>.

sobre medio ambiente y desarrollo (1992), el convenio de Barcelona (1996), y la conferencia de Wingspread de (1998).

La Declaración de Río (1992) lo contempla en su principio 15 así:

Principio 15: con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

En la conferencia de Wingspread de 1998, se contempló:

Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de manera científica en su totalidad.

Estos referentes internacionales no entregan una definición sobre el principio de precaución, pero según Emilia Sánchez, el principio de precaución:

(...) puede describirse operativamente como la estrategia que, con enfoque preventivo, se aplica a la gestión del riesgo en aquellas situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que en la salud o el medio ambiente puede producir una actividad determinada²⁹.

La legislación colombiana acoge el principio de precaución en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, que consagra los principios generales ambientales, y cuyo numeral 6 prevé:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

La Ley 1333 de 2009, en su artículo 3°, precisa que los principios rectores del procedimiento sancionatorio ambiental serán también los contenidos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, es decir que en esta actividad también debe tenerse en cuenta el principio de precaución.

Así tenemos que el principio de precaución como lineamiento jurídico internacional y nacional tiene como objeto la protección del medio ambiente

29 Sánchez, E. (2004). *El principio de precaución: implicaciones para la salud pública*. España: Gaceta Sanitaria, Ediciones Doyma.



y la salud de las personas, desde una iniciativa de prevención, acorde con las necesidades que en materia ambiental requieren los ordenamientos jurídicos actuales. Pues ante la complacencia de algunos gobiernos frente a políticas de desarrollo que ponen en riesgo el perfecto balance del medio ambiente, o afectan la vida y salud de comunidades, este principio se convierte en una herramienta jurídica eficaz que otorga argumentos a las autoridades encargadas de la protección del medio ambiente para establecer medidas que conlleven a la prevención del daño.

4. El principio de precaución y la protección constitucional al medio ambiente

El principio de precaución tiene una relación directa con la protección constitucional del medio ambiente debido a que es un desarrollo del deber que tiene el Estado de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente contenido en el artículo 79 de la Constitución Política colombiana, deber que se refleja también en el artículo 80 de la misma norma y se manifiesta mediante la prevención del daño.

La Constitución Política colombiana establece un plus de medidas destinadas a la protección del medio ambiente, a tal punto que la Corte Constitucional la ha catalogado como una “constitución ecológica”³⁰. Dentro de esas medidas se destacan las contenidas en los artículos 8° (que establece como principio fundamental la obligación que tiene el Estado y las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación) y 79 (que consagra el derecho que tenemos a “gozar de un ambiente sano”, la participación de las comunidades en las decisiones que afectan el ambiente, y la obligación del Estado “de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, y fomentar la educación ambiental”. El artículo 80 encarga al Estado la planificación del “manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, con el fin de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, el deber de prevención y “control de los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”, la cooperación “con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas”. El artículo 266 establece la internacionalización de las relaciones ecológicas debido a que la problemática ambiental no tiene fronteras.

Estos postulados constitucionales no solo buscan la protección del medio ambiente, buscan también preservar la vida del hombre pues en la actualidad es innegable la relación que existe entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente, ya que si los últimos se descuidan o abandonan los derechos

30 Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-293. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.

humanos se verían gravemente afectados. Así pues, la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-411 de 1992, precisando que:

De la concordancia de estas normas (normas constitucionales del medio ambiente la salud y la vida), e inscritas en el marco del derecho a la vida, de que trata el artículo 11 de la Carta, se deduce que el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él la vida misma correría letal peligro³¹.

El principio de precaución es acorde al núcleo esencial del derecho al ambiente, teniendo en cuenta que tiene por fin la protección y prevención del mismo. En este sentido, hace que el derecho al ambiente resulte efectivamente tutelado, pues como se afirma en la providencia antes citada, se atenta contra el núcleo esencial del derecho al ambiente “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”³². Todo lo anterior para establecer, como lo hizo la Corte Constitucional, que el principio de precaución se encuentra constitucionalizado y que ello se debe al “deber impuesto a las autoridades de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente”³³.

Es preciso señalar cuáles son aquellos elementos que constituyen el principio de precaución y que deben ser tenidos en cuenta para su aplicación. Estos fueron establecidos por la Corte Constitucional de Colombia cuando realizó un juicio de constitucionalidad sobre el principio en mención; los elementos son:

1. Que exista peligro de daño.
2. Que este sea grave e irreversible.
3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta.
4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.
5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado³⁴.

Para efectos prácticos, recordemos que el principio de precaución contemplado en el numeral 6 del artículo 1° de la Ley 99 de 1993, prevé:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la

31 Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-411. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.

32 Ibid.

33 Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-703. Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

34 Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-293. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.



falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

1. Que exista peligro de daño: como se ha visto, lo que busca el principio es evitar el daño, es decir prevenirlo. Es por ello que debe existir un riesgo que pueda ser determinado, aunque todavía no exista certeza científica absoluta de la ocurrencia del mismo.
2. Que este sea grave e irreversible: como lo precisó el Consejo de Estado dando aplicación al principio de precaución, “se trata de cualificar los posibles daños que pueda causar la actividad antrópica, esto es, si el riesgo reviste el carácter de grave o irresistible”³⁵ para poder calificar así un daño, jugarán un papel muy importante el entorno en donde se vaya a practicar alguna actividad, pues teniendo en cuenta la biodiversidad colombiana existen zonas geográficas en las que actividades humanas podrían afectar distintos ecosistemas, algunos de ellos muy frágiles que catalogarían al daño como grave e irreversible.
3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta: se refiere a que el riesgo no debe ser una simple suposición, el riesgo debe tener unas bases científicas, aunque no absolutas, que deben conllevar a una duda razonable o a un estado de incertidumbre. Son bases científicas elementales que dan cuenta de un posible daño. En palabras de la Corte Constitucional “si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas”³⁶.
4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente: efectivamente, en virtud de la prevención que irradia este principio, quien adopte una decisión aplicándolo debe garantizar la protección constitucional al medio ambiente y de este modo impedir la degradación del mismo, cumpliendo así con la finalidad de la norma.
5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado: sin lugar a dudas, la motivación del acto es indiscutible. Esta motivación deberá ser interdisciplinaria debido a que se analizarán los elementos que constituyen el principio de precaución a la luz de la realidad fáctica, las evidencias científicas y demás normas que tengan concordancia con el principio de precaución.

Recapitulando, la aplicación del principio de precaución conlleva al análisis de los anteriores elementos con el fin de identificar si existe un peligro de daño grave e irreversible que tenga su fundamento en un principio de certeza científica a si

35 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera (2013). Radicación 11001-03-24-000-2004-00227-01. Consejero Ponente, Guillermo Vargas Ayala.

36 Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-988. Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto.

no sea absoluto para poder tomar medidas tendientes a la prevención del daño y la protección del medio ambiente.

6. Análisis del caso concreto

En Colombia, 19 serían los bloques que podrían adjudicarse para la explotación de hidrocarburos no convencionales³⁷ (ver imagen en anexos) utilizando la técnica de *fracking*. En la actualidad no han sido publicados de manera precisa los requerimientos técnicos para la explotación de estos hidrocarburos, también se desconoce cuáles serán las medidas adoptadas para la protección del medio ambiente y la salud de las personas. Por ahora existe un borrador de los términos de referencia para la explotación de estos hidrocarburos³⁸ que no fija con certeza qué medidas se adoptarían. Teniendo en cuenta lo anterior, y para la resolución del problema jurídico, debemos analizar los elementos del principio de protección frente al caso en concreto, pero para efectos prácticos los elementos I y III serán trabajados en un mismo argumento debido a su inseparable relación.

- I. Que exista peligro de daño y exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta: teniendo en cuenta las evidencias documentadas en el numeral 2.1 del presente documento, los citados informes y estudios científicos demuestran que existe un riesgo de daño sobre el medio ambiente y la salud de las personas. Estos documentos no son simples suposiciones, son evidencias científicas básicas de que la aplicación de la fractura hidráulica en países como EE. UU. y Europa generan un riesgo. Además, producto de esas evidencias científicas se han establecido unas posibles consecuencias que son los daños que se originan al medio ambiente y la salud de las personas. Lo anterior conduce a precisar que aunque no existe certeza científica absoluta acerca de los posibles daños, se encuentra establecido que existen unas evidencias científicas aunque no absolutas sobre el riesgo y sus consecuencias (daños) que el *fracking* podría causar.
- II. Que el daño sea grave e irreversible: se trata aquí de evaluar los daños que pueden causarse. Según el informe de la comisión europea y los estudios científicos antes citados, los daños pueden ocasionarse afectando al medio ambiente, a los animales, ecosistemas y especies frágiles, a los recursos hídricos con el agotamiento de estos recursos, su contaminación con aguas residuales, aumento de polución, afectación de la salud de las personas, por la utilización de productos químicos cancerígenos.

37 Durán, D. Peligros del “*fracking*” o exploración no convencional de hidrocarburos. El Espectador. En: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/peligros-del-fracking-o-exploracion-no-convencional-de-articulo-491624>. Consulta: 27 de julio de 2014.

38 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. *Exploración de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, borrador*. En: http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/proyectos_norma/proyectos/2013/051113_ter_ref_yacimientos_no_convencionales.pdf. Consulta: 27 de julio de 2014.



Ello demuestra que, de concretarse estos daños sobre el medio ambiente o la salud de las personas, se afectarían de tal forma estos derechos que muy difícilmente podrían recuperar su estado anterior, ello convierte al daño en grave e irreversible.

Respecto a los elementos IV y V, emergen como consecuencias lógicas del análisis de los anteriores, pues de ellos se desprende que la decisión por adoptar es la de aplicar el principio de precaución con una decisión que impida la degradación del medio ambiente. Esta decisión deberá ser motivada con argumentos interdisciplinarios, pues para la aplicación de este principio convergen disciplinas jurídicas, científicas, y ambientales.

Consecuencias lógicas

Hay que tener en cuenta que tras el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el principio de precaución se desprenden las siguientes consecuencias lógicas que respaldan la hipótesis contenida en el presente documento:

- Al existir bases científicas elementales documentadas en informes y estudios científicos sobre la fractura hidráulica, que nos llevan a determinar que esta técnica genera un riesgo, y que las consecuencias de ese riesgo pueden generar daños graves e irreversibles, para el medio ambiente y la salud de las personas, surge la incertidumbre que lleva a analizar si con certeza ese riesgo puede ocasionar aquellos daños. Dicha duda se resuelve dando aplicación al principio de precaución, esto es: debe ser resuelta a favor del medio ambiente.
- La certeza científica absoluta de que una actividad no genera daños graves e irreversibles debe ser probada por quien genera el riesgo, que es aquel que pretende ejercer la actividad, en este caso las empresas explotadoras de hidrocarburos no convencionales a través de la fractura hidráulica.
- Consecuencia de lo anterior, es que no haya certeza científica absoluta sobre los posibles daños graves e irreversibles que pueden causarse al medio ambiente y la salud de las personas. Esto no es obstáculo para tomar las medidas tendientes a evitar la degradación del medio ambiente y la salud de las personas, pues como se dijo esa duda deberá ser resuelta a favor del medio ambiente.
- Las medidas deben ser orientadas a la prevención de los daños, protegiendo al medio ambiente y a la salud de las personas.
- Con todo, al adjudicar zonas para la exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales mediante la fractura hidráulica, desconoce el principio de precaución contemplado por normas internacionales y nacionales, y con ello se atenta contra la protección constitucional del medio ambiente, por ser esta última un fundamento del principio de precaución.

Conclusiones

La técnica de la fractura hidráulica genera un riesgo por el cual es posible que se produzcan daños al medio ambiente y la salud de las personas.

El principio de precaución tiene una relación directa con la protección constitucionalmente establecida al medio ambiente, pues desarrolla el deber constitucional referido a la protección del medio ambiente con la prevención.

La aplicación del principio de precaución requiere el análisis de los elementos que lo estructuran, con las situaciones fácticas de cada caso, utilizando diferentes disciplinas.

Una medida adecuada para la implementación del principio de precaución en el presente caso puede ser la declaratoria de una moratoria a la técnica del *fracking* hasta tanto exista certeza científica absoluta y objetiva sobre las consecuencias que los riesgos generan sobre el medio ambiente y la salud de las personas.

Sin lugar a dudas, utilizar mecanismos de prevención para la protección del medio ambiente se convierte en una política de vanguardia, ligada al principio de desarrollo sostenible.

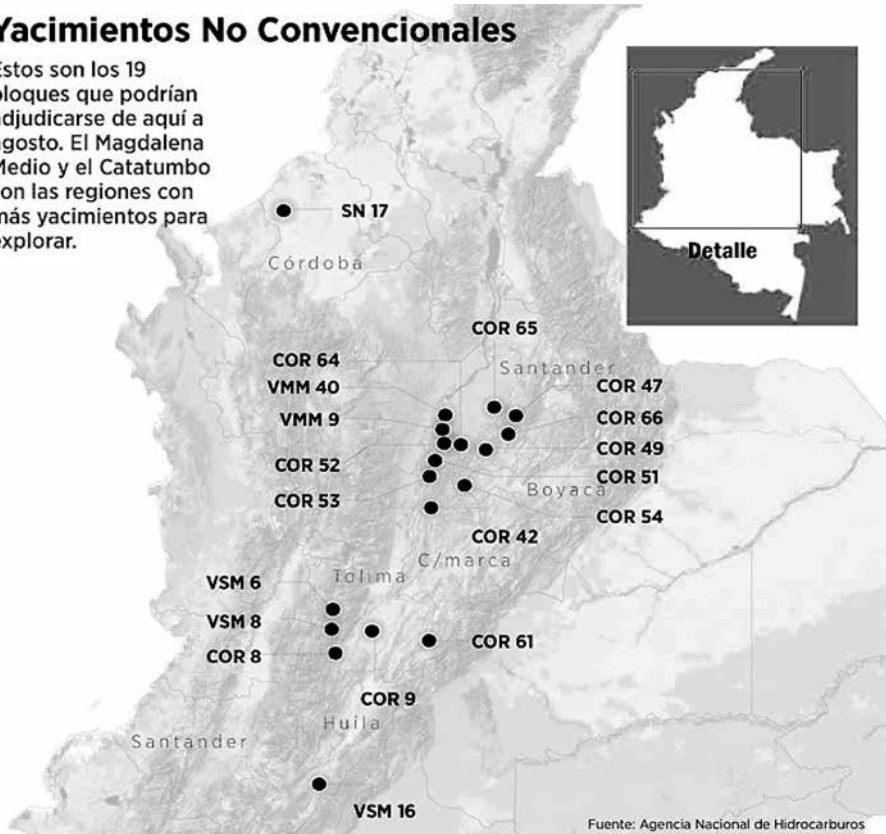


Anexos

Imagen 1. Yacimientos no convencionales

Yacimientos No Convencionales

Estos son los 19 bloques que podrían adjudicarse de aquí a agosto. El Magdalena Medio y el Catatumbo son las regiones con más yacimientos para explorar.



Fuente : Agencia Nacional de Hidrocarburos³⁹

39 Imagen tomada de: El Espectador. En: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/peligros-del-fracking-o-exploracion-no-convencional-de-articulo-491624>. Consulta: 27 de julio de 2014.

Referencias Bibliográficas

Agencia Nacional de Hidrocarburos. Glosario. En: www.anh.gov.co

Bamberger, M., Oswald, R. (2012). *New Solutions, Soluciones Científicas. Impactos en la perforación para obtener gas natural en la salud humana y animal*. En: <http://es.scribd.com/doc/96816838/Estudio-Completo-Universidad-de-Cornell-Impacto-en-Personas-y-Animales-de-las-explotaciones-de-Fracking-Castellano>. Consulta: 27 de julio de 2014.

BBC News. *Empresas de América del norte a dejar fracking de gas de esquisto en Polonia*. En: <http://www.bbc.com/news/business-22459629>. Consulta: 20 de julio de 2014.

Broomfield, M. AEA. European Commission DG Environment. *Support to the identification of potential risks for the environment and human health arising from hydrocarbons operations involving hydraulic fracturing in Europe*. En: http://www.fracturahidraulicano.info/sites/default/files/media/documentos/estudio_comision_europea_20120810.pdf. Consulta: 26 de julio 2014.

Colombia, Congreso de la República. *Ley 99 del 22 de diciembre 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones*.

Colombia. (2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera (2013). Radicación 11001-03-24-000-2004-00227-01, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala.

Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T- 411. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-293. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-988. Magistrado Ponente, Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-703. Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

David, K. University of Colorado Denver. *Study shows air emissions near fracking sites may pose health risk*. En: <http://www.ucdenver.edu/about/newsroom/>



newsreleases/Pages/health-impacts-of-fracking-emissions.aspx. Consulta: 27 de julio de 2014.

Diagonal Global. (2012). *Bulgaria prohíbe el fracking EE. UU. insiste*. En: <https://www.diagonalperiodico.net/global/bulgaria-prohibe-fracking-ee-uu-insiste.html>. Consulta: 20 de julio de 2014.

Durán, D. Peligros del “fracking” o exploración no convencional de hidrocarburos. *El Espectador*. En: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/peligros-del-fracking-o-exploracion-no-convencional-de-articulo-491624>. Consulta: 27 de julio de 2014.

Edge, Energía de Estados Unidos. *Relaciones Exteriores*. 12 de febrero 2014. En: <http://www.foreignaffairs.com/articles/140750/robert-d-blackwill-and-meghan-l-osullivan/americas-energy-edge>. Consulta: 25 de julio de 2014.

Herrera Cadena, G.N. (2009). *Estudio técnico-económico posfractura en el campo Cononaco*. Ecuador: Escuela Politécnica Nacional. *La Vanguardia*. (2013). *El Constitucional Francés ratifica la prohibición total del fracking*. En: <http://www.lavanguardia.com/medio-ambiente/20131011/54390901404/consejo-constitucional-frances-ratifica-prohibicion-total-fracking.html>. Consulta: 20 de julio de 2014.

López Anadon, E. (2013). *El abecé de hidrocarburos en reservorios no convencionales*. Buenos Aires: Instituto Argentino del Petróleo y del Gas. En: http://www.iapg.org.ar/web_iapg/publicaciones/libros-de-interes-general/el-abece-de-los-hidrocarburos-en-reservorios-no-convencionales.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. *Exploración de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, borrador*. En: http://www.minambiente.gov.co/documentos/DocumentosBiodiversidad/proyectos_norma/proyectos/2013/051113_ter_ref_yacimientos_no_convencionales.pdf. Consulta: 27 de julio de 2014.

New York State. (2011). *Natural gas development activities & High Volume Hydraulic Fracturing*. En: http://www.dec.ny.gov/docs/materials_minerals_pdf/rdsgeisch50911.pdf. Consulta: 25 de julio de 2014.

Pozzi Sandro, G.M., padre de la técnica del “fracking”. En: http://economia.elpais.com/economia/2013/08/04/actualidad/1375653454_080358.html. Consulta: 20 de julio 2014.

Robles, B. *Impacto social y ambiental del fracking*. En: <http://www.nofrackingmexico.org/libro.pdf>. Consulta: 23 de julio 2014.

Rory, C. (2014). *California city halts new oil drilling over fracking concerns*. En: <http://www.reuters.com/article/2014/03/19/california-fracking-idUSL2N-OMG04020140319>. Consulta: 23 de julio de 2014.

Sánchez, E. (2004). *El principio de precaución: implicaciones para la salud pública*. España: Gaceta Sanitaria, Ediciones Doyma.

Scientific American. Meyer Teodorico. (2013). *High levels of arsenic found in ground water near fracking sites*. En: <http://www.scientificamerican.com/article/high-levels-of-arsenic-found-in-ground-water-near-fracking-sites/>. Consulta: 24 de julio de 2014.

Scientific American. Meyer Teodorico. (2013). *High levels of arsenic found in ground water near fracking sites*. En: <http://www.scientificamerican.com/article/high-levels-of-arsenic-found-in-ground-water-near-fracking-sites/>. Consulta: 24 de julio de 2014. The Council of Canadians. Fracker Tracker. En: <http://canadians.org/fracking/fracker-tracker>. Consulta: 20 de julio 2014.

The Guardian. Carus Felicity. *Dangerous levels of radioactivity found at fracking waste site in Pennsylvania*. En: <http://www.theguardian.com/environment/2013/oct/02/dangerous-radioactivity-fracking-waste-pennsylvania>. Consulta: 24 de julio 2014.

Explotación de recursos naturales, desarrollo y equidad. “El paisaje urbano”

*Nelson David Carvajal Alcaraz**

Resumen

En la época de la construcción y la producción en masa, donde el concreto va ganándole cada vez más espacio a la naturaleza, ¿qué relevancia podría tener un recurso natural que no se pueda medir cuantitativamente? Si bien el paisaje no es un elemento cuantificable, ya que depende de la percepción de cada persona, es un recurso natural que merece especial atención, comoquiera que en el presente sea de los más maltratados.

Al ser una mezcla de sensaciones donde se une lo tangible y lo intangible, depende del ciudadano y el observador considerar si se identifica o no con lo que ve, y de allí determinar si le agrada o no; por tanto, no es fácil señalarlo como un recurso natural en riesgo, dado que el criterio subjetivo se presta para que nunca exista unanimidad. Así, por ejemplo, ello ha sido la causa de que en diferentes momentos históricos o por diferentes subculturas, no se tenga una misma valoración, modelo o concepción del paisaje.

¿Sería posible que este recurso natural pueda adquirir la relevancia que le corresponde? Después de todo está en frente de nosotros, siempre lo ha estado, y aún así vemos cómo todos los días el paisaje cambia, pero nunca se interviene en su defensa.

El paisaje ha permanecido en un segundo plano entre los recursos naturales, pero es el momento de que se incorpore la mirada en él para determinar su daño. Lo más importante es conocer si el “paisaje urbano” y su relación con lo visual y espacial podría llegar a tener una relevancia constitucional

* Estudiante de último año de la carrera de Derecho en la Universidad de Antioquia.



como recurso natural indispensable para el desarrollo sostenible, al punto de entenderlo como un recurso con independencia, de alcances autónomos y el cual debe salvaguardarse.

La explotación y saturación por las constructoras es innegable; solo ciertos sectores acaudalados de las ciudades intentan cumplir con esos elementos de paisajismo elegante: una mezcla entre lo rústico y lo moderno, lo natural y lo artificial. Los sectores menos favorecidos, por su parte, son sobreexplotados con el fin de ubicar un nuevo edificio. Ora por la inadecuada aplicación de POT, ora por la *desvaloración* del paisaje o por su desconocimiento como recurso natural es que no existe un control para la construcción desmedida. Un día no será extraño ver una casa familiar al lado de grandes edificios.

Así pues, la ciudad y la naturaleza no deben diferenciarse, en tanto que, más que ser dos vicisitudes diferentes, son dos estructuras que deben unirse y que de allí se derive un adecuado “paisaje urbano”. Con todo, su ausencia expresa en la Constitución Nacional, de seguro, permitirá que el paisaje continúe como uno más de los recursos naturales ignorados y olvidados en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente.

1. Problema jurídico de investigación

¿Es posible y efectiva la protección del “paisaje urbano” como recurso natural frente a la actividad urbanizadora del hombre, a pesar de su insuficiente desarrollo constitucional?

2. Hipótesis frente al problema

Lo cierto es que no hay medios efectivos para impedir que se prosiga con el desarrollo urbanístico caótico y congestionado con el argumento de sustentar la inviabilidad de una obra, por el desequilibrio paisajístico y visual que pueda generar. El desarrollo urbano, a costa de la explotación visual, ha llegado a extremos incuestionables. Un aspecto clave de ello es precisamente la mayor altura de los edificios en zonas residenciales o suburbanas. De un momento a otro simplemente los edificios van emergiendo en cualquier sector. Todo ello es más acentuado en la clase media y baja.

Se ha llegado al punto de que un ciudadano pueda estar disfrutando de un paisaje tranquilo un día y al corto tiempo no tenga más panorama que otros edificios de cada vez mayor altura, o en el mejor de los casos que el suyo propio sea demolido para reemplazarlo por uno que tenga una cúspide más alta. No obstante, el problema no es únicamente la altura de los edificios, sino también la relación que estos tienen con el ambiente, y dentro del ambiente, la naturaleza misma. Son los dos aspectos mencionados los que generan un paisaje urbano congestionado.

Es de resaltar la manera como el paisaje está íntimamente ligado al ambiente. Todos los recursos naturales pueden protegerse siempre y cuando estén vinculados por conexidad al ambiente, pero no es menos cierto que la amplitud conceptual que tiene el ambiente impide el desarrollo pleno de los otros recursos naturales. Son innegables los desaciertos que genera una concepción monotópica de los recursos naturales, pues si todos ellos deben estar ligados al ambiente para que tengan una relevancia constitucional, en nada sería útil tener un Código que los desarrolle a cada uno de manera independiente. Cada recurso natural debería tener su propio desarrollo constitucional autónomo, ya que da más amplitud y claridad a los alcances que puedan tener individualmente, lo que facilitaría la protección constitucional de los mismos.

3. Argumentos que sustentan la hipótesis

3.1. Bajo perfil del paisaje

Tal vez uno de los recursos naturales más olvidados, pero no menos importante en la actualidad, puede ser el que implica el paisajismo. Más allá de que se piense en el porqué el paisaje es un recurso natural ya que no se puede cuantificar, debe advertirse que no se trata de cualquier recurso natural. Se trata de uno que vislumbra y aglutina el desarrollo de muchos otros. La interrelación del ser humano con el ecosistema y el ambiente finaliza siempre con grandes rasgos, los cuales son plenamente perceptibles por el hombre a través de la vista. El disfrute de los mismos y la admiración por el entorno podría calificarse en su momento como el núcleo esencial del paisaje. Es así como este puede ser el medio idóneo para calificar la dinámica existente entre el ser humano y los demás recursos naturales. Por consiguiente, la forma como el ser humano moldea su entorno va a influir directamente en muchos recursos naturales y ante todo en el resultado final del “paisaje urbano”.

Como si fuera poco, este recurso natural, que todavía no ha podido ser protegido y ante todo valorado de una manera correcta, está ausente de la Constitución Política de Colombia. Con toda seguridad, el olvido de esta materia puede ser a causa de la ausencia de una referencia expresa en la Constitución. Curiosamente, fue una norma anterior la que consagró este recurso natural, a penas referenciándolo en tres artículos.

El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) consagra puntualmente en su Libro II, Parte XII “De los Recursos del Paisaje y su Protección” que: “La comunidad tiene derecho a disfrutar de paisajes urbanos y rurales que contribuyan a su bienestar físico y espiritual” (Art. 302). Y por su parte, el artículo 303 brinda elementos concretos para la protección del mismo a la par que consagra el deber claro y a costas de la administración en procura de la protección al ambiente paisajístico.



En ese sentido, se establecen las potestades para determinar las zonas o lugares donde no se pueden construir obras, prohibir la tala o la siembra o la alteración de la configuración de lugares de paisaje que merezcan protección. Ahora bien, cabe preguntarse si existen paisajes que no merezcan protección, y cuál sería el argumento para ello, pues después de todo otra de las herramientas que este artículo consagra para la protección del paisaje es fijar límites de altura o determinar estilos para preservar la uniformidad estética o histórica. De allí se puede sentenciar que cualquier sector urbano merece protección por el solo hecho de tener una uniformidad en su diseño. Es una gran evolución el hecho de que el paisaje sea protegido de manera general y que no solo se acuda a criterios históricos o singulares que restrinjan la aplicabilidad de la protección, pues ese es el criterio que se utiliza en la protección internacional.

Cabe aquí hacer un pequeño paréntesis para hablar de la protección internacional del paisaje. De ella se debe destacar que se consagran en la mayoría de los casos una protección localizada. El alcance del beneficio es “excepcional” únicamente aplicable a grandes obras de la naturaleza o reservas históricas. Es un aspecto muy restringido que no permite la aplicabilidad de la norma a zonas como los centros urbanos en desarrollo. Por ejemplo, el Sistema de Declaración de Patrimonio Común de la Humanidad, efectuado por la Unesco, por virtud del Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, es un sistema en el que mediante acuerdos se van incluyendo ciertos bienes como “propiedad común de la humanidad”, “patrimonio universal” bajo la denominación de “patrimonio común o cultural de la humanidad”. Se busca así proteger lugares de gran relevancia mundial y la no apropiación de territorios como la Antártida, entre otros. Existen acuerdos o tratados, pero todos ellos en la misma línea de exclusividad en la protección.

Siguiendo el anterior planteamiento de protección internacional fue que se concibió el literal b) del artículo 303 de nuestro Código de Recursos Naturales cuando describe que se ha de “prohibir la tala o la siembra o la alteración de la configuración de lugares de paisaje que merezcan protección”. Pero, como se manifestó, esa concepción se queda corta ante las necesidades que amerita la explotación del paisaje por la construcción y la sobreexplotación del espacio en desarrollo.

Finalmente, nuestro Código de Recursos Naturales, en su artículo 304 de una manera más trascendental consagra directamente el deber estético y homogéneo que se debe tener en la actividad urbanizadora y de construcción sin importar quién la realice. Todo ello con el fin de proteger el paisaje. En consecuencia, se fijó que “en la realización de las obras, las personas o entidades urbanizadoras, públicas y privadas, procurarán mantener la armonía con la estructura general del paisaje”.

Si bien las facultades que se otorgan a la administración del artículo 303 del mismo código son dispositivas y dependen de la decisión de la misma en establecer límites o fijar pautas en la similitud de las construcciones, por otra parte es la obligación consagrada en el artículo 304 la que trasciende del ámbito pasivo al activo, pues consagra una obligación directa y clara. Es así como se limita e imponen cargas a la actividad constructora. Pero también es necesario determinar precisamente la posibilidad de hacer exigibles dichos mandatos legales, pues no en pocos casos la administración es laxa cumpliendo sus deberes.

3.2. El paisaje y su relación con el ambiente

De las modalidades que tiene el “paisaje”, en sus dimensiones urbana o rural, es la primera la que tiene una mayor explotación, debido a la actividad edificadora del hombre. No se discute que existen otros recursos naturales renovables o no renovables que puedan tener mayor trascendencia e importancia en la actualidad, bien por la cercanía en su extinción o por su escaso término o posibilidad de renovación, pero es preciso insistir en que no se busca que el paisaje se proteja como un recurso ajeno a los demás, sino que cuando se protege al paisaje se está de igual manera protegiendo una amalgama indeterminable de elementos que lo configuran y que forman parte de otros recursos naturales.

No se exagera cuando se sostiene que el paisajismo se pueda llegar a interpretar como la máxima expresión del derecho ambiental. Tanto si es urbano o rural, es claro que el paisaje está íntimamente relacionado con el ambiente y, por lo tanto, dado el vínculo entre ambos, con mayor razón se debe buscar su protección. En últimas, el paisaje que rodea al hombre es precisamente lo que lo distingue como un ser humano creador de su propio entorno. Después de todo, el alcance constitucional que se le ha dado al ambiente ha ido más allá de una simple concepción biológica. Se ha llegado al punto de considerar al ambiente como una concepción general y hegemónica de los recursos naturales, aglutinante de todos los demás.

La omisión de una referencia expresa sobre el paisaje en la Constitución Política colombiana no es funesta; por el contrario, es plenamente corregible, ya que la redacción de la Carta permite, a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, que se incluya y proteja al “paisaje” de una manera conexas al ambiente. El ambiente, por otra parte, sí es ampliamente desarrollado en los artículos de la Carta Política; por ello, una relación entre ambos abriría una vía para la protección constitucional del paisajismo, ya que la protección legal o por normas no constitucionales es insuficiente para la tutela de este recurso natural de carácter visual. En otras palabras, ese vínculo de paisaje y ambiente hace que la ausencia constitucional del primero no impida su protección mediante la Constitución misma.



Nuestra Constitución hace dos referencias principales y muy insistentes en varios de sus artículos sobre la protección de la “ecología” y el “ambiente”, respecto a la primera, y la segunda existen varias interpretaciones. Al respecto la doctrina ha afirmado: “Se ha dicho que ecología es un concepto de carácter biológico, en el que se comprenden las estructuras y funciones de la naturaleza; organismos y grupos de organismos que se encuentran en ella y su interacción y relación con el ambiente”. Y más adelante sobre el ambiente dice:

Una concepción «ecologista» del ambiente, nos lo muestra como el medio físico que tiene una relación con un conjunto dado de organismos. Pero el ambiente no solamente está relacionado con la ecología. Su concepción es más amplia. Modernamente se le ha considerado como un sistema holístico. Interrelacionado con variables no solo físico-bióticas, sino también sociales, económicas, culturales, antropológicas¹.

La anterior clasificación es clara y coherente, pues ¿qué fin tendría en utilizar dos palabras diferentes si el constituyente hubiera querido decir lo mismo?, y más que acertada ha sido la clarificación de la Corte Constitucional respecto al tema en tanto que para ella, a la luz de los tratados internacionales, el ambiente tiene un marco aun mayor:

Y es que como se observa tanto en la Declaración de Estocolmo como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se hace relación directa del medio ambiente con el derecho a la vida y a la integridad personal, al bienestar y la salud física y mental por lo que nadie puede gozar de perfecta salud si hay factores exógenos contaminantes que invaden el ambiente y tornan la naturaleza hostil frente a la presencia humana².

Por su parte, la Ley 99 de 1993 o Estatuto Ambiental, considera que el paisaje es una de las manifestaciones del ambiente y por ello lo incluye en su artículo 1° como uno de los Principios Generales que rigen la política ambiental. Sin embargo, no se hace alguna otra mención importante salvo que según el artículo 42 el paisaje es uno de los criterios para valorar la depreciación de los recursos naturales a la hora de calcular las tasas retributivas y compensatorias por las consecuencias de actividades que menoscaben.

No es mucho el alcance que dicha normatividad le da al paisaje, más aún si se tiene en cuenta que la Construcción no es una de las actividades que necesite de una licencia ambiental, a pesar de que es la que más lo transforma. De ahí que el anterior Decreto 2820 de 2010 no lo consagró y que el actual Decreto 2041

1 Ochoa Carvajal, R.H. (2006). Bienes. Bogotá: Temis, p. 214.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 21 de noviembre de 1994. Constitucionalidad de la Ley 162 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica.

de 2014, que regula la expedición de las licencias ambientales, no contemple en sus artículos 8° y 9° a la construcción como una de las actividades que amerite dicho requisito. Pero como dijo en su momento la Corte, cuando el medio se torna agresivo para el hombre es indiscutible que se afectan los elementos que configuran el exterior y de allí se puede decir que de los que más se pueden encontrar trastornados es el paisaje.

3.3. El paisaje y la actividad urbanizadora

Existe otra forma de intervenir en el control urbano y su interrelación con el paisaje. Es preciso insistir que la actividad constructora pública o privada está en la obligación de procurar “mantener la armonía con la estructura general del paisaje”³. Por consiguiente, se puede considerar que el cumplimiento de dicho requisito es uno de los tantos que se debe valorar a la hora de conceder una licencia urbanística.

En primer término, se debe recordar que en Colombia existe una diferencia entre ser dueño y tener la potestad de edificar o construir, pese a que aún existen vestigios y creencias de que el dueño en su predio puede actuar “arbitrariamente” en su terreno. No es menos cierto que desde el Código Civil, en la definición del artículo 669, se contempló precisamente la restricción que existe en el ejercicio del derecho de dominio con respecto de terceros y la ley, además de la inexecutable de la expresión “arbitrariamente” consignada en dicho artículo.

Es el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 el que consagró cargas al derecho real de dominio. La licencia de construcción es una limitación que en muchos casos genera inconvenientes a poseedores y propietarios, y es que el hecho de que se exija una licencia para edificar tiene el alcance de desvalorizar una propiedad, sobre todo si, por ejemplo, los usos del suelo no permiten cierto tipo de actividades, estructuras o diseños.

Los usos del suelo hacen parte del POT, pero es también pertinente un nuevo paréntesis y hacer una referencia sucinta respecto a los defectos del POT. Como su nombre lo indica el Plan de Ordenamiento Territorial es el instrumento base para desarrollar el ordenamiento territorial municipal⁴. La reglamentación del POT, según la citada Ley, pertenece a los municipios. Y aunque es deber de todos cumplir con su creación y planeación, muchas veces ha llegado al punto de que no es aplicable. Ya por la laxitud de las autoridades a la hora de hacerlo cumplir, o bien porque en muchos casos lo ambicioso del documento lo torna en un pergamino meramente académico, hacen del mismo un elemento fallido. Es indiscutible que el POT no es un capricho de la ley, por el contrario,

3 Artículo 303, Decreto 2811 de 1974.

4 Artículo 9°, Ley 387 de 1997.



es una herramienta indispensable, pero lo cierto es que debe ser más coherente con las necesidades de los sectores menos favorecidos y la clase media para racionalizar la construcción desmedida.

Varios decretos han reglamentado la forma como se expiden las licencias urbanísticas, pero el más significativo y que encuentra su vigencia para esta época es el Decreto 1469 de 2010. Allí se contempla un requisito indispensable que vincula la participación ciudadana como elemento previo a la expedición de cualquier licencia urbanística⁵: la prohibición de expedir licencia sin la participación de los vecinos y terceros. También se reglamentan los medios para la impugnación de las licencias otorgadas, de conformidad con el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 387 de 1998 que consagra la procedencia de recursos de la misma manera que para cualquier otro acto administrativo según el Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, ¿de qué manera la expedición de licencias urbanísticas permite la protección del paisaje urbano? Según el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 387, la expedición de la licencia urbanística se realizará en concordancia con la Ley 99 de 1993, esta última dice en su artículo 1º numeral 8: “El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido”. También según el Decreto Reglamentario 1469 de 2010 en su artículo 30 consagra que la valoración de la licencia urbanística se hace desde “el punto de vista jurídico, urbanístico, arquitectónico (...) a fin de verificar el cumplimiento del proyecto con las normas urbanísticas y de edificación vigentes”.

Si se sintetiza lo señalado en los dos párrafos anteriores, se pueden concluir dos cosas: la primera, que la ley garantiza la posibilidad de que cualquier vecino intervenga y proteja sus derechos, sus intereses, sus posiciones cuando se desarrolle cualquier tipo de obra u construcción; la segunda, que los funcionarios encargados de la expedición de las licencias de construcción están en el deber legal de valorar toda la normatividad integral que regula la construcción y, entre ellas, también la normatividad ambiental como el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

En consecuencia, como el Código de Recursos Naturales presenta una mínima normatividad que protege al paisaje y como es deber de los funcionarios valorar toda la normatividad ambiental, siempre se podrá exigir el cumplimiento y materialización del derecho a un paisaje uniforme y que se procure generar el menor impacto en la construcción. Vale la pena reiterar que “en la realización

5 Así, el artículo 34 en su Parágrafo 2: “Con el fin de garantizar la publicidad y la participación de quienes puedan verse afectados con la decisión, en ningún caso se podrá expedir el acto administrativo mediante el cual se niegue o conceda la licencia sin que previamente se haya dado estricto cumplimiento a la obligación de citación a vecinos colindantes y demás terceros en los términos previstos por los artículos 29 y 30 del presente decreto”.

de las obras, las personas o entidades urbanizadoras, públicas y privadas, procurarán mantener la armonía con la estructura general del paisaje”.

Pero a pesar de todo lo anterior, cabe hacerse la pregunta de si el argumento del paisaje es suficiente para justificar la inviabilidad de una obra pública o privada. La función social de la propiedad implica precisamente la posibilidad de que los bienes se graven con limitaciones que inclusive puede ser el paisaje mismo. ¿O a caso esas normas están ahí como letra muerta? Sin embargo, el funcionario encargado de valorar la licencia urbanística o de expedir el Acto Administrativo, ¿encontraría como un argumento de peso el daño estructural del paisaje o la uniformidad del mismo?

3.4. El valor del paisaje

A pesar de su presencia silenciosa en las negociaciones de vivienda, sin lugar a dudas el valor del paisaje es muy alto. Se trata de un plus adicional en cualquier sector urbano. Las constructoras privadas tienen altos precios para lugares con vistas magníficas y también para sectores en que exista un mayor vínculo con la naturaleza. Los lugares cercanos a los escasos bosques o arboledas urbanas son una mina de oro.

La plusvalía de los sectores que ostentan grandes obras públicas es una muestra de lo que puede generar el adecuado manejo de un sector. Esa plusvalía es el resultado de la mano de obra estatal y de diferentes actuaciones que benefician a los propietarios. Por dichos efectos, los propietarios tienen la carga de corresponder con una compensación.

Tal como lo contempla la tan citada Ley 387 de 1997 en su artículo 74, los actos que desarrollen la “actuación urbanística” se presentan como uno de los hechos generadores de plusvalía a favor de la nación y las entidades públicas. Esta actuación urbanística se define en el artículo 8° y se entiende como aquella mediante la cual se desarrolla el “ordenamiento territorial”. Son esas actuaciones las que pueden mejorar mucho un sector y por ello “hay un derecho de las entidades públicas a participar en el aumento del mayor valor del suelo generado”, según el artículo 73 de la Ley 388 de 1997.

Sin embargo, hay que advertir que la actividad estatal de desarrollo urbano no está diseñada a proteger el ambiente. A pesar de que el objetivo de la Ley 387 de 1997, entre otros, es adecuar a la Ley 9ª de 1989 a la nueva Constitución de 1991, ni siquiera ambas logran cumplir plenamente su objeto. Si la nueva Constitución de 1991 es de un mayor raigambre ambientalista, ¿por qué el desarrollo urbano se centra la construcción desmedida? Esas dos leyes, *grosso modo*, buscan brindar herramientas al ordenamiento territorial y son la base del diseño urbano actual, pero es criticable que la mayoría de los actos que se consideran actuaciones urbanísticas o de desarrollo urbano, artículo 8° de la



Ley 388 de 1997, no contengan buenos elementos ambientales de desarrollo. Es decir, que de entre las actividades diseñadas para obtener ese mayor valor en las propiedades, plusvalía, y fijar el ordenamiento territorial de las ciudades, con todo, sean tan pocas o ningunas las actividades que se dirijan a mejorar el paisaje. De hecho, son también muy pocas las que mejoran el ambiente.

Simplymente, se relega en el artículo 8° a “determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas” y en el numeral 14 a “identificar las áreas de conservación y recuperación paisajística”. No obstante, debe recalcar que en el evento del numeral 14 la mayoría de esto “lugares de protección” son ciertos sectores excepcionales y no la norma general. Lo anterior muestra una tendencia marcada hacia el urbanismo desmedido donde lo importante es la construcción y no organización. Dicha Ley se queda corta en su relación con el ambiente, lo que conlleva a concluir que el Ordenamiento Territorial no está plenamente articulado al derecho ambiental, a pesar de que son dos regímenes que deberían estar más unidos.

Lo anterior se puede resumir así: primero, existen dos leyes que señalan la forma como el Estado y sus entes territoriales deben proceder al desarrollo urbano mediante actividades constructivas y obras públicas; segundo, ese desarrollo urbano genera una plusvalía como compensación a favor de la nación por la valorización del suelo; tercero, lo consagrado como formas de desarrollo urbano en la ley no tiene interés en promover zonas urbanas equilibradas con el ambiente a pesar de que la Constitución es de linaje ambiental. Mucho menos se intenta proteger al paisaje, ya que no existen actuaciones urbanísticas dirigidas a mejorarlo. Sin embargo, el paisaje, por sí solo, es un plus y valor adicional en toda negociación inmobiliaria privada. El Estado lo desconoce y por ello no lo valora como plusvalía; a la plusvalía solo le interesa tener más concreto, es decir, el Estado no cobra por el ambiente ni mucho menos por el paisaje, sino por las obras materiales. Cosa diferente se presenta en las negociaciones privadas donde siempre se cobra por un bonito sector que tenga vistas magníficas.

Retomando este último tema e idea principal, el valor del paisaje en las negociaciones inmobiliarias está sobrevaluado en la clase alta, pero su desgaste no es considerado en la clase media y baja. Mientras en los sectores más ricos se pueden admirar grandes zonas verdes y estructuras que armonizan con la naturaleza; por el contrario, la clase media se ve en construcciones cada vez más pequeñas, con menos zonas verdes, que solo intentan maximizar el número de familias que puedan introducirse en un edificio.

Las urbanizaciones están ocupando los lugares en que antes había casas con parcelas, huertos o jardines. El Régimen de Propiedad Horizontal (Ley 675 de 2001) contempló una manera indirecta de regular los espacios en las Unidades

Cerradas⁶, pero se queda corto frente al contundente desarrollo urbano que hace edificios cada vez más altos.

Muchos decretos que reglamentan las facultades en la creación del POT⁷ le permiten a los municipios determinar el índice de construcción y el porcentaje con respecto a las zonas verdes, regular el paisaje, pero en nada sirven dichas posibilidades si no se aplican. El tema se agrava aún más si se ve la nula aplicación del POT en muchos municipios.

Así pues, se tienen dos Decretos: 879 de 1998 y 3600 de 2007. El primero, regula la construcción y el POT en zona urbana y el segundo en zona rural. Sin embargo, se diferencian en que este último está armonizado con la Ley 99 de 1993 y se propugna por limitar el índice de ocupación de construcción. Es decir, para el desarrollo urbano no existen muchos límites y los entes territoriales pueden permitir la construcción desmedida; al contrario, el desarrollo rural está más articulado a lo ambiental y, en consecuencia, es más mesurado.

Para finalizar, es indiscutible que el “paisaje urbano” es costoso porque los mejores se encuentran en los sectores de más pujanza, basta apreciar las grandes diferencias que existen entre construcciones de un estrato al otro. Pero ello no puede ser una excusa para restringir el acceso de paisajes que “contribuyan al bienestar físico y espiritual”.

El paisaje debe ser pues un derecho de todos, no solo de los sectores acaudalados. Deben encontrarse medios para su protección que permitan a todos los ciudadanos obtener el disfrute del mismo y racionalizar su costo. Es allí donde se debe ser más riguroso con la actividad urbanizadora mediante la aplicación plena de la normatividad paisajística, traducida en la correcta aplicación de la normatividad urbanística y ambiental.

3.5. Protección constitucional

Como reiteradamente se mencionó, el paisaje no encuentra un vínculo expreso con la Constitución, pero indiscutiblemente está implícito con el ambiente y en el deber del Estado colombiano de “conservar las áreas de especial protección ecológica” (artículo 79 C. P.) y de planificar “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución” (artículo 80 C. P.). Por conexidad con aquellas disposiciones, y al ser consagrado como un recurso natural, según el Decreto

6 El Capítulo Segundo del Título Segundo presenta una regulación completa de los espacios con los que deben cumplir las Unidades Inmobiliarias Cerradas, como espacios verdes, de recreación, zonas comunes, etc.

7 Entre ellos, el Decreto 879 de 1998 y 3600 de 2007.



2811 de 1974 es que el paisaje adquiere la relevancia suficiente como para ser objeto de pronunciamientos expresos por parte de la Corte Constitucional.

Como se introdujo inicialmente, a la Corte Constitucional le convendría dar un toque más particular a cada recurso natural, para delimitarlos, encontrar el núcleo esencial de cada uno y permitir amplificar su rango de protección. Así, si se cuenta con un buen bagaje jurisprudencial de la Corte Constitucional, la protección del paisaje sería más fácil mediante las respectivas acciones constitucionales destinadas para ello. Las Acciones Populares, las Acciones de Grupo o la Acción de Tutela en casos particulares o como mecanismo transitorio lo permitirían. Las demás vías legales⁸: la vía gubernativa, mediante los recursos ordinarios de reposición y apelación, también la solicitud de revocatoria directa contra los actos administrativos que otorguen una licencia de construcción; la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante la Acción de Nulidad contra los actos administrativos que conceden licencias de construcción. Entonces, se podría tener los suficientes elementos para que los ambientalistas puedan sustentar sus defensas a los recursos naturales que han sido olvidados, porque, se reitera, la ley que regula el paisaje no es más que ley inaplicada. En consecuencia, no hay elementos jurídicos suficientes y se hace necesario el desarrollo jurisprudencial.

Es muy poco lo que se puede encontrar sobre el paisaje en la jurisprudencia constitucional, salvo las forzosas referencias “de paso” que se realizan para complementar el concepto de “ambiente”. Es algo crítico que se prive a los recursos naturales menos sobresalientes de la enriquecedora jurisprudencia de la Corte. Por poco que sea el bagaje jurisprudencial que emitiera la Corte Constitucional, sobre alguno de ellos, sería más que ilustrativo, suficiente y un paso gigante en la autonomía de los mismos.

Al restringir su prodigiosa jurisprudencia al concepto de “ambiente” y tocar particularmente unos cuantos recursos naturales, la Corte está coartando una admirable posibilidad de delimitar alcances más profundos del derecho “ambiental”. Y serían pasos gigantes en la búsqueda del desarrollo sostenible. Si bien el concepto de “ambiente” es aglutinante y hegemónico, no es menos cierto que coarta el beneficio que se obtendría mediante una jurisprudencia de recursos naturales más amplia y sistematizada.

4. Consecuencias lógicas

4.1. La extensión de las ciudades

Hoy por hoy es indiscutible que la extensión de las ciudades es la razón por la cual se redirige el desarrollo urbano hacia “las alturas”. La distancia es cada vez

⁸ El artículo 99, numeral 6, permite la presentación de recursos contra los actos administrativos que conceden licencias de construcción.

mayor y el único medio para superar los problemas inherentes a las ciudades tan extensas es el traslado y transformación de la construcción hacia lo vertical. Así que, es incuestionable cómo se torna en una necesidad que la humanidad no puede impedir en procura del paisaje. Pero todo ello va a costa de la relación del ser humano con la naturaleza y con los espacios tranquilos y pacíficos que brindan el adecuado ambiente espiritual, que se encuentran en la cercanía con la “superficie verde”. Los cambios que se demandan deben ser proporcionales. Se amerita un punto de encuentro en el equilibrio que debe existir entre lo que le pertenece a la Tierra y lo que el hombre crea. No se trata, por tanto, de diferenciar lo uno o lo otro. Lo natural y lo artificial deben tratarse de una forma integrada.

También es conveniente mirar hacia nuevas construcciones ecológicas que logren articular lo moderno con lo natural. Edificios como “Ruta N” en Medellín o los modernos centros comerciales que están llenos de un ornato envidiable son la viva muestra de que el ambiente puede ser una combinación del hombre y la naturaleza. Y que ambos no tienen porqué estar separados.

4.2. La exclusividad del paisaje

Como se vio en los acápites anteriores, el paisaje es visto desde muchos aspectos como el económico, ambiental, urbanístico y espiritual, de allí que se pueda ver como un elemento trascendental que rodea al hombre. Es por ello que el paisaje tiene un enorme “valor silencioso”, el cual solo puede ser sufragado por las clases sociales más pujantes. Pero es necesaria una política de inversión en las obras urbanísticas de sectores marginales.

Sin entrar a desbordar los alcances de este trabajo, cabe también hacer una reflexión sobre la incidencia que tiene el paisaje urbano en la criminalidad. Teorías de la criminología como la de “las ventanas rotas” señalan al desorden urbano como un incentivo para la delincuencia.

4.3. La protección efectiva del paisaje

Otro tema que se debe proteger es el pequeño paisajismo urbano o por sectores. La uniformidad estética de los sectores urbanos que ya tienen una identidad como sector suburbano o suburbio es muy importante. No se puede discutir que barrios enteros se pueden arruinar por la llegada de un edificio así sea de poca altura. Al punto de que, una construcción que se haga en determinado lugar puede contener un aumento en la densidad poblacional, lo que conlleva a un cambio contundente en la vida del sector. La capacidad de un edificio puede ser de tantas personas como las que ya tenía un barrio completo, hasta el punto de duplicar o triplicar la población en un espacio que no ocupa ni una casa de las que normalmente existen en un lugar.



Ello trae implícito grandes consecuencias y cambios en el estilo de vida para todos los residentes de un sector, y si bien las normas urbanísticas permiten la intervención de terceros, tal como se dijo en su momento, el argumento del paisaje y la uniformidad estética no ha calado todavía. Pues, si bien, el ambiente como tal no se está viendo enormemente afectado, sí lo es el paisaje y la uniformidad; sin embargo, dado que este recurso natural no cuenta con elementos para su protección independiente, no sería posible una defensa del paisaje. Es por ello que el organismo municipal debe ser cuidadoso a la hora de modificar los planes de ordenamiento territorial, ya que un cambio en la altura máxima de los edificios u otros aspectos de las políticas de desarrollo urbano puede afectar enormemente los derechos de los ciudadanos.

4.4. No siempre que se afecta el paisaje se afecta el ambiente

Existen casos particulares en que la afectación al ambiente puede ser nula, pero donde sí se afecta al paisaje. Al igual que en el ejemplo anterior, el paisaje tiene un alcance homogeneizador del entorno. Impone cargas como las de respetar tamaños de los edificios y la estructura de las condiciones arquitectónicas de un sector. Son particularmente esos eventos los que no cuentan con respaldo para hacerse efectivamente protegidos.

Citar dichas normas del Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente⁹ es muy escueto para influenciar a los funcionarios encargados de valorar las licencias urbanísticas para negar motivadamente la licencia de construcción. Es allí donde se hace necesario un desarrollo constitucional independiente de cada recurso natural, que brinde criterios interpretativos y subreglas que lleven a la claridad de cuándo a un recurso como el paisaje se le está sobreexplotando.

Conclusiones

Gran carga sería para la humanidad mermar la construcción urbana en beneficio del paisajismo, pues en la actualidad dicha actividad creadora es fuente de empleo, riqueza y desarrollo. Los avances en la misma son innegables y cada vez vemos estructuras más y más colosales, en las cuales el ingenio del hombre ha llevado a que prácticamente sea él quien está creando su propio ambiente.

La población mundial va en aumento y con ello surge la necesidad de más viviendas y mayores retos arquitectónicos, pero es el momento de que la misma humanidad se interroge en procura de encontrar la diferencia entre un espacio para vivir y un hogar para disfrutar la vida, y, entre ello, admirar lo bello del “paisaje”. En este punto, no es menos cierto lo que en su tiempo comentó San

9 Artículos 302, 303 y 304.

Agustín: “Y pensar que los hombres admiran las cumbres de las montañas, las vastas aguas de los mares, las anchas corrientes de los ríos, la extensión del océano, los giros de los astros; pero se abandonan a sí mismos”. Ciertamente, el hombre admira lo bello de la naturaleza, pero no tiene intenciones de repetirlo, pues su interés es egoísta y no se protege a sí mismo, solo intenta construir. El hombre admira lo bello porque el alma es bella. Se puede decir que el hombre admiraba los paisajes bellos y que la admiración por lo hermoso y la interrelación con la naturaleza permite que se sienta el alma; entonces, cuando se admira una obra del hombre no es por su estructura independiente, sino por su vinculación con el mismo hombre. Lo que ocurre es que el afán por intereses egoístas y económicos puede llevarlos a ir en contra de esa tendencia natural para admirar lo bello.

En la mente de muchos arquitectos existen grandes diseños que se interrelacionan con la naturaleza, la vinculan y la intentan acercar a la esfera del hombre. Ahora el desarrollo moderno no es únicamente el que implique innovación estructural, sino el que esté en consonancia con la naturaleza. Es precisamente en el cuidado de la naturaleza donde el ambiente puede encontrar su protección y, a la par con el ambiente, los recursos naturales del paisaje. Pero el costo del paisaje se ha elevado enormemente debido a ello y hoy por hoy no está al alcance de todo el mundo. Los sectores más olvidados no pueden aspirar de momento a un paisaje decente, y la clase media está sometida a la sobreexplotación de los espacios en búsqueda de la maximización de las ganancias por la actividad urbanizadora.

Finalmente, es necesario llegar a la conclusión forzosa de que “el paisaje” por sí mismo no es tutelado, y que para pensar en la protección de él es indispensable que de alguna manera esté vinculado, de manera conexas, al ambiente. En consecuencia, y a pesar de que el Decreto 2811 de 1974 consagra al “paisaje urbano” como recurso natural, para que este tenga alguna relevancia constitucional es indispensable que vaya unido a la protección ambiental. Eso sí, el ambiente que plantea nuestra Constitución es interpretado por la Corte Constitucional como una institución compleja y completa, de alcances inimaginables que no solo abarca aspectos biológicos y naturales, sino que se extiende más allá y abarca todos los componentes que rodean la presencia humana. Es allí donde puede tener cabida el “paisaje urbano” como un verdadero recurso natural por proteger. Más aun cuando las pobres disposiciones legales tienen la tendencia a sectorizar la protección y los lugares que “merezcan protección”, no es posible que un recurso de la versatilidad del paisaje se vea de manera restrictiva. Así lo ve el derecho internacional, como algo exclusivo a ciertas obras magníficas, pero el derecho interno debería ser más amplio con la protección. Sin embargo, no basta con ello. Hacen falta mayores argumentos de peso para que la protección del paisaje se tome en serio, y tampoco es suficiente la vinculación con lo ambiental, ya que, como se dijo, el paisaje tiene alcances mayores. Ya es visto que escasea la normativa legal y que el paisaje se ha mantenido en un



segundo plano. Por lo anterior, la única salvación para recursos naturales de bajo perfil como el paisaje sería la intervención de criterios constitucionales más particulares que faciliten el entendimiento de una materia tan olvidada y la pongan en consonancia con el derecho constitucional vigente, pues no es suficiente la hegemonía de la protección ambiental y se hace necesario un pronunciamiento expreso sobre el alcance de este recurso natural.

En consecuencia, se puede finalizar planteando que la única solución para este tipo de recursos en estado de abandono es su constitucionalización mediante la jurisprudencia. De otro modo, nunca será posible que las personas cuenten en igualdad de condiciones con paisajes “que contribuyan a su bienestar físico y espiritual¹⁰”.

Referencias Bibliográficas

Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Decreto 2811 de 1974.

Decreto 879 de 1998 y 3600 de 2007.

Decretos 2820 y 2026 de 2010.

Estatuto Ambiental. *Ley 99 de 1993*.

Ley 387 de 1997.

Ley 9ª de 1989.

Ochoa Carvajal, R.H. (2006). *Bienes*. Bogotá: Temis.

Sentencia C-519 de 1994. Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa, 21 de noviembre de 1994.

¹⁰ Artículo 302, Decreto 2811 de 1974.

