

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2017.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N°__ DE 2017 SENADO.

“Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

Doctor
JORGE HUMBERTO MANTILLA
Secretario General
Cámara de Representantes
Ciudad.

Referencia: Proyecto de Acto Legislativo “*Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia*”.

Respetado doctor **MANTILLA:**

Radico ante usted el presente Proyecto de Acto Legislativo, “*por medio del cual se incluye un artículo nuevo, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política Colombia.*” con el cual buscamos elevar el uso y disfrute humano del agua a la categoría de derecho fundamental dentro de nuestra Constitución para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la ley.

Cordialmente,

JORGE PRIETO RIVEROS

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N°__ DE 2017 SENADO

“Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

El Congreso de Colombia

DECRETA

Artículo 1°. Inclúyase el **Artículo 11-A** dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución, el cual quedará así:

Artículo 11 A. Todo ser humano en el territorio nacional tiene derecho al agua, en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad. Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico conforme al principio de progresividad.

Artículo 2°. El presente Acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

JORGE PRIETO RIVEROS

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N°__ DE 2017 SENAI

“Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

Contenido

1. Objetivo del Acto Legislativo	1
2. Consideraciones Generales	2
2.1. El recurso hídrico en el mundo	2
2.2. El agua como recurso esencial para la vida	2
2.3. La protección del patrimonio natural colombiano	3
2.4. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano	4
2.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales	7
2.6. Impactos ambientales del uso del agua	9
3. Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua	17
3.1 Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental	17
3.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana	19
3.3 El agua es un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y al ambiente sano	21
3.4 Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional	23
4. Marco Normativo	26
4.1 Constitución Política Colombiana de 1991	26
4.2 Código Civil	26
4.3 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente	27
4.4 La Ley 99 de 1993	27
5. Antecedentes Legislativos del Agua como Derecho Fundamental	28
5.1 Proyecto de ley número 171 de 2008 de Cámara, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes	28
5.2 Proyecto de Acto Legislativo número 054 de 2008 de Cámara, por el cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones	28
5.3 Proyecto de ley número 047 de 2008 de Cámara, por la cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones	28

5.4 Proyecto de Acto Legislativo N° 11 de 2016 Senado-260 de 2016 Cámara. “por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”	29
6. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado	30
6.1 Bloque de constitucionalidad	30
A. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	30
B. La Declaración de Estocolmo (1972) sobre el Medio Humano	31
C. La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco, 1997.	31
D. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo)	32
E. Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.	33
F. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.	33
6.2 Derecho comparado	34
7. Alcance del el proyecto de acto legislativo.	36
7.1 Acceso al agua como derecho fundamental.	36
7.2 Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas	38
7.3 No busca la gratuidad del Servicio Público	38
7.4 La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales.	40
7.4 No generará una Tutelatón	40

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Objetivo del Acto Legislativo

<<Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la Constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento>>¹.

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa legislativa pretende establecer “el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia” teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la misma existencia del ser humano.

¹ Arango, Rodrigo. “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en: Derecho Constitucional perspectivas críticas, Ed. Legis, 2001, p. 188.

2. Consideraciones Generales

2.1. El recurso hídrico en el mundo

Se ha determinado que el 97.5% del agua en el mundo es salada. El 2.5% corresponde a agua dulce. De este porcentaje, el 79% se encuentra en estado sólido. Del agua dulce en estado líquido del planeta, el 20% se encuentra en acuíferos de difícil acceso, y solo el 1% del agua dulce en el mundo se encuentra en forma de arroyos y ríos.

Por otro lado, en los estudios sobre los balances hídricos del planeta, realizados por el Instituto Geológico y Minero de los EU, solamente el 0.007% de las aguas dulces se encuentran realmente disponibles a todos los usos humanos directos. De este pequeño porcentaje dependen procesos naturales y sociales vitales para la subsistencia del ser humano.

La incertidumbre sobre el acceso al recurso hídrico de las generaciones presentes y futuras para su consumo, uso doméstico y agrícola son una realidad a nivel nacional; por ello el Estado debe tomar las medidas preventivas para evitar tanto el desabastecimiento como la contaminación del agua y lograr su conservación y su sostenibilidad, teniendo en cuenta que todos los seres vivos y la misma existencia del planeta dependen del agua.

2.2. El agua como recurso esencial para la vida

En diversos estudios se ha determinado que el ser humano no puede sobrevivir más de 5 días sin agua. El consumo aproximado de la cantidad de agua que requiere un ser humano para subsistir es de tres (3) litros de agua por persona al día, pero sube a 50 litros para saneamiento básico, aseo del hogar y la preparación de alimentos.

En torno al agua no solo se suplen las necesidades básicas de supervivencia, también se desarrollan actividades económicas, culturales, de recreación y para algunas etnias también actividades religiosas.

En algunas regiones sus habitantes viven exclusivamente de actividades como la pesca o del turismo; si bien las comunidades hacen lo imposible por tratar de proteger los recursos hídricos, su esfuerzo no resulta suficiente, pues no cuentan con las herramientas necesarias para que el derecho al agua para el consumo en actividades humanas prime sobre el uso en actividades económicas que la contaminan y utilizan de manera indebida.

Este es un vacío en la legislación colombiana, pues el uso prioritario del agua debe ser el consumo humano para garantizar la supervivencia del ser humano de esta y las futuras generaciones y la realización de su vida social, económica, y cultural.

2.3. La protección del patrimonio natural colombiano

Según la FAO en el ranking de países con mayor disponibilidad de recursos hídricos renovables del Sistema de Información Global sobre el Agua, Colombia es el séptimo país con mayor disponibilidad de recursos hídricos en el mundo, a pesar de los problemas actuales relacionados con el desabastecimiento de agua y la afectación de fuentes hídricas naturales. Adicionalmente, Colombia es el país con mayor superficie de páramos en el mundo, hace parte de los nueve países que concentran el 60% del agua dulce del mundo.

Ranking de países por disponibilidad de recursos hídricos en km³

<i>Puesto</i>	<i>País</i>	<i>Km³</i>
1.	Brasil	8.233
2.	Rusia	4.507
3.	Estados Unidos	3.051
4.	Canadá	2.902
5.	Indonesia	2.838
6.	China	2.830
7.	Colombia	2.132
8.	Perú	1.913

Fuente: FAO, 2015.

Colombia durante décadas fue el país con más recursos hídricos después de Canadá, Rusia y Brasil; pero en los últimos años ha venido descendiendo en los índices del patrimonio hídrico por causa de la contaminación del agua generada por factores antrópicos, su uso inadecuado por parte de las empresas industriales, el tratamiento inadecuado de las aguas residuales, la deforestación y el cambio climático, entre otros.

Tal es el caso de los páramos, lagos, lagunas, morichales, ríos, etc. Que se encuentran en peligro debido a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables por parte de las industrias minera y petrolera, sin estudios previos sobre el estado y ubicación de las aguas conexas. Ejemplo de ello lo vivió el departamento de Casanare con la pérdida de cientos de chigüiros y otras especies nativas; o, en Tumaco, la población piscícola se ha visto gravemente afectada. Lo anterior, sin mencionar los perjuicios sociales y económicos de sus habitantes, que terminan siendo mayores que los beneficios de regalías que perciben

los departamentos.

Adicionalmente, otras actividades se constituyen como factores de deterioro de las fuentes hídricas así, la tala indiscriminada de árboles, los asentamientos humanos de manera no planificada, los rellenos sanitarios de basura, el mal manejo de las aguas servidas y residuales, la actividad agrícola y ganadera sin planificación ambiental, entre otras actividades, están atentando no solo contra la salud, sino contra el derecho al agua.

Los Estados ya son conscientes de la necesidad de tratar el agua como derecho fundamental, y para ello se han firmado Convenciones y Acuerdos Internacionales tendientes a proteger el agua, las cuales revisaremos en el transcurso de este texto.

2.4. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano

El Estado colombiano expidió la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 5° establece que *cada municipio del país tiene el deber de asegurar a todos sus habitantes la prestación eficiente y continua de los servicios públicos domiciliarios, como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y telefonía a través de empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por el respectivo municipio.*

El artículo 1° del Decreto número 753 de 1956, “Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo” “estableció que servicio público es <<toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”. En armonía con lo anterior, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 14.22 estableció la siguiente definición de `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”.

Se entiende el derecho al agua como <<el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. El fundamento jurídico de este derecho, además de reposar en varios textos de tratados internacionales sobre derechos humanos, supone que a cada ciudadano se le proteja, respete y garanticen las siguientes tres facetas de este derecho: (i) el derecho a disponer, y a (ii)

acceder a cantidades suficientes de agua y, además, que el mismo sea (iii) de calidad para los usos personales y domésticos>>.

En torno a dichas condiciones, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** ha indicado lo siguiente²:

1. La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

2. La Calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

3. La Accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

3.1. Accesibilidad Física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

3.2. Accesibilidad Económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el

² ONU. Observación General número: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

3.3. No Discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Esta fue la posición adoptada por la Corte al establecer que ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros.

3.4. Acceso a la Información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua”.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del derecho al agua como fundamental, así, en sentencia C-220 de 2011 estableció que:

“Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que el derecho al agua es un derecho fundamental. El contenido de este derecho ha sido precisado por la Corte de conformidad con la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de la siguiente manera: “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”³.

En este mismo sentido, la más reciente sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema, Sentencia T-445 de 2016, reitera la importancia de la condición de accesibilidad al agua al referirse a la necesidad de proteger los ecosistemas y a la necesidad de identificar y corregir las principales causas de desperdicio en la utilización del agua, y formular y mantener una política en relación con el uso, la ordenación y su conservación.

Ello también se evidencia en la sentencia C-035 de 2016, según la cual:

“Uno de los motivos por los cuales los ecosistemas de páramo son considerados

³ Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 2011.

ecosistemas estratégicos, es su proximidad a centros poblados con alta densidad demográfica. Ello permite que los ecosistemas de páramo sean una de las principales fuentes de captación del recurso hídrico porque el transporte y suministro del mismo es más sencillo y económico, toda vez que el agua no debe recorrer grandes distancias para ser llevada a los lugares de donde se capta para su posterior utilización y se canaliza y/o distribuye mayormente por efecto de la gravedad”.

*“En esa medida, el páramo no solo debe ser protegido en tanto que es un recurso de la naturaleza, sino en atención a los servicios ambientales que presta, los cuales resultan estratégicos para contribuir a mitigar el cambio climático y a **garantizar el acceso al agua potable**”.*

*“A partir de lo anterior, destaca la Sala que el derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la disponibilidad, **accesibilidad** y calidad de recurso. Así mismo, para que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde protección especial a los ecosistemas **que “producen”** tal recurso como el páramo, pues como se dijo con anterioridad esta es una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país, especialmente en las ciudades grandes y medianas”.*

En consecuencia, el presente proyecto de Acto Legislativo tiene por objeto el reconocimiento constitucional al **derecho al agua, a partir de un enfoque biocéntrico en el que se respeta tanto el derecho a acceder al agua de los seres humanos** como la correlativa garantía de protección y conservación de los ecosistemas que producen dicho recurso natural, esencial para la supervivencia del medio ambiente y de los seres que lo habitan, en seguimiento a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales

En Sentencia C-983 de 2010, la Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y en relación a la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

Se ha determinado la constitucionalidad del precepto que estatuye que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico

natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los terrenos donde se encuentren sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos étnicos. En relación con estas disposiciones superiores ha manifestado también la jurisprudencia de la Corte que el Estado, como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene la obligación de la conservación de estos bienes y, de otro lado, del usufructo de los derechos económicos que se deriven de su explotación. Sin embargo en virtud de los objetivos macroeconómicos de del gobierno, se ha creado una brecha entre el deber de la protección, garantía y conservación de los recursos naturales por parte del Estado que pone en peligro la conservación de los ecosistemas estratégicos y del recurso agua para las futuras generaciones.

El Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes con el fin de lograr el crecimiento económico y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, pero a través de los años hemos visto el daño ambiental que produce la exploración y explotación indiscriminada de nuestros recursos no renovables, especialmente en el más importante y vital para la supervivencia y desarrollo de las naciones: el agua. A pesar de las disposiciones de compensación establecidas en la ley por usos de agua, el recurso se ve amenazado en su calidad y cantidad por parte de las actividades económicas y el desperdicio por parte de los usuarios.

El derecho internacional y el derecho nacional han promovido una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80 C. P.). Todo lo anterior, en el marco de la función ecológica de la propiedad (artículo 58 C. P.), el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han ratificado (artículos 9º, 94 y 226 C. P.).

Para explotar estos recursos se han creado mecanismos legales como los contratos de concesión que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una

remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Sin embargo, como se decía más arriba, este carácter retributivo del uso del agua ha alentado su uso indebido con el precepto del que “contamina paga” a todas luces descontextualizado en una época de cambio climático donde el agua se vuelve un factor estratégico para el desarrollo económico, social y cultural y la supervivencia humana.

Por eso necesitamos urgentemente el control, vigilancia, protección, explotación y buen manejo del recurso agua estableciendo a nivel nacional políticas estratégicas de conservación y modos de producción que garanticen la protección de nuestro recurso hídrico. La concesión minera es un acto jurídico complejo que se perfecciona con la firma de un contrato por parte del Estado como concedente y el particular como concesionario, después de haberse cumplido con unos requisitos mínimos exigidos por la normatividad. Esto establece que cualquier persona natural o jurídica puede adquirir un contrato de concesión desconociendo lo importante que son los recursos naturales, desprotegiendo, abandonando, sacrificando, exponiendo la naturaleza a las peores tragedias causadas por el ser humano, dado que no existe un mecanismo legal que proteja al agua como derecho fundamental y duradero para las futuras generaciones.

2.6. Impactos ambientales del uso del agua

La protección al medio ambiente es un tema que se encuentra contemplado en la agenda global, por eso Colombia en materia de crecimiento económico no puede desconocer el derecho internacional, y su legislación debe estar acorde con la protección de los recursos naturales. De aquí la necesidad de implementar un verdadero modelo de desarrollo sostenible.

Es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, el mercado y el Estado, no crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental. Por consiguiente, se expondrá información y estadísticas relacionadas con los daños ambientales causados por el hombre en los últimos años, los páramos que se encuentran en grave riesgo y el impacto de la explotación minera desarrollada.

A. Daños ambientales en los páramos en los últimos años:

“Derrame de cuatro millones de barriles de crudo que han llegado a suelos y ríos del país desde 1986 (empiezan atentados a Caño Limón- Coveñas)”.

Al año se arrojan más de trescientas toneladas de mercurio a los ecosistemas a causa de la minería.

Ataques terroristas en nueve departamentos del país que han causado graves daños ambientales. Frente a esto la Fiscalía reporta que se adelantan 60 investigaciones en la Unidad de Protección a los Recursos Naturales.

Se reportó por el IDEAM y Ministerio de Ambiente que tan sólo en 2013 se talaron 120.933 hectáreas de bosques.

El país ha presentado pérdida del 57% de la cobertura vegetal en la Amazonía, en los departamentos de Caquetá, Putumayo, Meta y Guaviare.

Sumado a esto la situación actual de los páramos de Colombia es realmente preocupante, el calentamiento global, la agricultura y la ganadería es desarrollada en los páramos sin ningún control, y el desarrollo de la actividad minera, han puesto en riesgo estos ecosistemas y estos están llamados a desaparecer.

La pérdida de extensión en los páramos hace que desaparezca el hábitat de especies como el cóndor de los Andes y el oso de anteojos, al igual que desaparece parte de la flora que solo pertenecen a este tipo de ecosistemas.

Según el reporte de Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, el 99% de los páramos del mundo se encuentran en la Cordillera de los Andes, en la Sierra Nevada de Santa Marta y Costa Rica.

Colombia tiene 34 páramos que equivalen al 49% de los páramos del mundo, así que nuestro compromiso con el planeta debe ser mayor, ya que somos un país altamente privilegiado en materia hídrica: Los páramos proveen el agua potable del 70% de la población del país.

La superficie total de los páramos está delimitada de la siguiente manera:

Los 34 páramos ubicados en el país están delimitados con una superficie total de 1.932.395 ha, pero solo el 36% se encuentra en áreas del Sistema Nacional de Parques Naturales protegidos, que corresponde a 709.840 ha. El páramo de Sumapaz, con 226.250 ha., es el más grande del mundo y está ubicado en nuestro país.

El páramo de Sumapaz no solo tiene gran importancia por su riqueza hídrica, su flora y fauna única, sino que también tiene una gran importancia cultural. Para los aborígenes muiscas fue considerado como un lugar sagrado al que los seres humanos no debían perturbar y estaba asociado a la creación y el origen del hombre.

Se prevé una avalancha de proyectos minero energéticos en la región del Sumapaz con la posibilidad de permitir hacer exploración sísmica o “fracking” y esto genera una gran amenaza al ecosistema. Actualmente, en 22 de los 34 páramos de Colombia los procesos licitatorios con empresas multinacionales interesadas en extraer minerales del subsuelo avanzan rápidamente.

B. Páramos que se encuentran en grave riesgo:

Santurbán: Tiene ochenta y un mil hectáreas, gravemente amenazado por el desarrollo de minería y agricultura.

Pisba: abastece de agua las poblaciones de Tasco, Boyacá, pero se ha visto afectada la calidad y cantidad de agua debido a la contaminación y degradación del suelo a causa de la explotación de carbón”.

Almorzadero: afectado en casi un sesenta y cuatro por ciento, la causa más importante por la agricultura.

Guerrero: pertenece a la sabana de Bogotá sufre deforestación y pérdida de páramo debido a la explotación de carbón.

Cajamarca: amenazado por la tala, el desarrollo de minería ganadería y agricultura.

Las Hermosas: en el análisis de noventa y nueve mil hectáreas se destaca entre las actividades que están acabando con este ecosistema: la explotación de oro, quema para

desarrollo de ganadería y la caza de animales silvestres.

C. Impacto de la explotación minera desarrollada en los páramos

El Gobierno nacional tiene la esperanza puesta en la actividad de la minería para impulsar su crecimiento económico. La expedición de licencias ambientales sin discriminación en zonas de páramos ha sido la constante en los últimos años, esto con el fin de incentivar la inversión extranjera en el país.

Lamentablemente nuestra legislación en materia ambiental ha sido escasa, y los gobiernos de turno han estado llenando estos vacíos con decretos reglamentarios que benefician a un sector económico, pero que van en detrimento de lo que en el futuro podría ser nuestro único y más valioso recurso: El agua, indispensable para la vida del planeta y de todos los que lo habitamos.

En el 2008, se realizaron solicitudes en zonas de páramo, y la Defensoría del Pueblo reportó que para 2010 se habían otorgado 391 títulos mineros para la explotación de oro y carbón en áreas de páramo, representadas en 108.972 hectáreas.

Se prohíbe la explotación minera en los ecosistemas de páramos, mediante la Ley 1382 de 2010, que fue reglamentada por el Decreto número 2010. Esta ley se declaró inexecutable posteriormente.

La Ley 1382 de 2010 reformaba el Código de Minas y prohibía la actividad minera en páramos, en áreas protegidas, áreas de reserva forestal, humedales de importancia Ramsar, etc. La Corte Constitucional declaró inexecutable la ley por cuanto no se realizó consulta previa con las comunidades, dio tiempo de dos años para corregir procedimiento, lo cual que no se realizó. La ley se cae en el 2013.

La Ley 1450 de 2014 (PND 2010-2014) prohíbe el desarrollo de explotación agrícola o de exploración o explotación minera o de hidrocarburos, así como también la construcción de refinerías utilizando como referencia mínima la cartografía de atlas de páramo del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt.

El Gobierno nacional expidió el Decreto número 934 de 2013, y allí establece que el ordenamiento minero define la actividad minera como una “actividad de utilidad pública de

interés social”, luego entonces las autoridades regionales y locales no podrán realizar ningún tipo de restricción a la actividad minera.

Esto solo quiere decir que las autoridades regionales y locales no podían establecer áreas de reserva natural y no podían impedir que en el desarrollo de la actividad minera acabara con ecosistemas importantes, pues los deja con las manos atadas, acabando con la autonomía de los departamentos y los POT.

Es evidente que mediante decretos el Gobierno nacional ha valorado de manera diferente nuestro derecho al agua. Es difícil proteger los ciudadanos de la tiranía de un Estado si no se cuenta con un mecanismo expedito basado en un ordenamiento justo y sin que la balanza se incline del lado del que tiene más poder y no del que tiene la razón.

El Decreto número 934 de 2013 en mención fue demandado y el 18 de septiembre del 2014 el Consejo de Estado suspende el decreto en mención.

El Decreto número 2691 de 23 de diciembre de 2014, expedido por el Presidente de la República, que hace referencia a la definición de mecanismos para viabilizar los acuerdos para las actividades mineras entre las autoridades territoriales y los diferentes ministerios, fue demandado ante el Consejo de Estado y este falló la suspensión provisional de decreto “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera”.

La Ley 1753 de 2015, artículo 20, excluye los páramos de las áreas de reserva para el desarrollo minero; sin embargo, en su primer párrafo hace una excepción para los títulos que ya fueron otorgados, lo que quiere decir que cuando se terminen estas licencias, tal vez sea demasiado tarde, y para el futuro todo el territorio podrá ser áreas de reserva para el desarrollo minero, por cuanto ya no quedará nada que proteger. El artículo 173 de esta ley concibe excepciones que permitirían llevar a cabo actividades de explotación, exploración y explotación petrolera en los páramos, siempre que las licencias se hayan expedido con anterioridad pero no podrán renovarse.

El desarrollo de la actividad minera como estrategia económica del país ha traído consigo grandes problemas de carácter ambiental, sin que hasta el momento nadie se haga

responsable por ello. La explotación minera esta cimentada de manera importante en la explotación de oro, carbón y en la extracción de materiales de construcción, la explotación de minerales en estas áreas ecosistémicas ha generado grandes problemas ambientales; hablamos de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas con mercurio y cianuro, la pérdida de flora y fauna nativas, y la destrucción de la armonía del paisaje.

Sin embargo, está claro que la estrategia del Gobierno es reemplazar un decreto con otro tan perverso como el anterior, de hecho se tenía previsto este año otro decreto que habilite la expedición de licencias y que se otorguen la mayor cantidad de títulos mineros sin un riguroso control y de esta forma seguir imponiendo un modelo económico nada respetuoso con el medio ambiente.

La normatividad colombiana debe reestructurarse para dar la importancia que merece el agua ya que sin ella sería imposible nuestra supervivencia. El derecho al agua debe estar incluido dentro de los derechos fundamentales de la Constitución Política, para luego desarrollar un Código Ambiental acorde a la realidad. No se puede pensar en desarrollar este tema tan importante con Decretos reglamentarios y un decreto-ley, porque cuando se presentan conflictos de interés es nuestro derecho al agua el que se ve vulnerado.

En Sentencia C-35 de 2016 la Corte Constitucional dijo:

“La Corte consideró que el párrafo del artículo 173 es inconstitucional porque desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica, con lo cual pone en riesgo el acceso de toda la población al derecho fundamental al agua en condiciones de calidad. La Corte llegó a esta conclusión después de analizar el alcance de la facultad del Estado de intervenir en la economía y su deber de proteger áreas de especial importancia ecológica, ponderándolos frente al alcance de la libertad económica y de los derechos de los particulares a explotar recursos del Estado. En el presente caso concluyó que la libertad económica y los derechos de los particulares a explotar los recursos de propiedad del Estado deben ceder debido a tres razones principales. En primer lugar, debido a que los páramos se encuentran en una situación de déficit de protección, pues no hacen parte del sistema de áreas protegidas, ni de ningún otro instrumento que les provea una protección especial. En segundo lugar, los páramos cumplen un papel fundamental en la regulación del ciclo del agua potable en nuestro país, y proveen de agua económica y de alta calidad para el consumo humano al 70% de la población colombiana. En tercera medida, los páramos son ecosistemas que tienen bajas temperaturas y poco oxígeno, y que se han desarrollado en relativo aislamiento, lo cual los hace especialmente vulnerables a las afectaciones externas. Finalmente, la Corte concluyó que el párrafo

del artículo 173 no provee una protección real mediante instrumentos jurídicos reafirmando el déficit de protección.

En ese orden de ideas, la Corte integró la unidad normativa con el inciso 2° del artículo 173, en la medida que este inciso faculta al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para delimitar los páramos con base en los parámetros de referencia provistos por el Instituto Alexander von Humboldt. Sin embargo, esta facultad no está sujeta a parámetro alguno, y el Ministerio puede apartarse del área de referencia del Instituto sin justificación alguna. Por lo tanto, la Corte consideró necesario integrar la unidad normativa para que su decisión no quedara sin efectos, y limitar el ejercicio de la facultad del Ministerio para desviarse del área de referencia establecida por el Instituto”.

D. Problemas ambientales generados por una inadecuada exploración y explotación petrolera

De los innumerables impactos ambientales que la industria petrolera genera durante la producción de los hidrocarburos, los más significativos, por su magnitud y carácter irremediable (no se pueden corregir después de presentados y el daño queda a perpetuidad), son: el hidrodinamismo y la contaminación de las aguas subterráneas potables.

El hidrodinamismo ocurre en aquellos yacimientos petroleros que tienen algún acuífero activo que actúa como energía del mismo (el agua empuja el crudo desde la roca hacia los pozos), la formación o roca que contiene el yacimiento tiene continuidad lateral, y existe recarga volumétrica en algún punto en la superficie. El fenómeno se detecta al comprobarse la alta producción de agua junto con el petróleo (el corte inicial de agua es alto y con el tiempo aumenta considerablemente), la presión del yacimiento se mantiene constante (existe recarga: volumen de fluido que sale es reemplazado por otro fluido que entra al yacimiento), y el agua que se produce, junto con el petróleo, es dulce (punto de recarga en superficie, en ríos, quebradas, caños, lagos o lagunas).

Otro problema ambiental ocurre con el agua residual que se produce junto con el petróleo, pues contiene metales pesados como bario, vanadio y níquel, que generan ceguera y deja sin aletas a los peces; trazas de hidrocarburos y químicos que contiene fenoles (cancerígenos) y aminas (generadoras de mutaciones) que las petroleras agregan para romper emulsiones, inhibir la corrosión, inhibir las incrustaciones y la precipitación de sólidos orgánicos (en Caño Limón, por ejemplo, se utilizan más de 150 millones de galones

de químicos al año). Con estas aguas residuales, al ser descargadas en los caños y los ríos, se contaminan las aguas, matando el pescado o dejándolo ciego y sin aletas, o alterando su hábitat natural, generando su migración hacia ríos o caños más profundos (amenazando la seguridad alimentaria). Durante la producción del petróleo se corre el riesgo de contaminar los acuíferos libres superficiales y los acuíferos subterráneos confinados, con hidrocarburos, a través de canalizaciones que se generan por el anular del pozo, por mala cementación del revestimiento; o a través de la interconexión de las fracturas artificiales, que se generan durante la operación de fracturamiento hidráulico, con pozos abandonados o mal cementados, o con fallas naturales. En otros campos petroleros, las aguas residuales se reinyectan en formaciones superiores, contaminando los acuíferos subterráneos que son o serán la fuente futura para agricultura, industria y uso doméstico.

La combustión in situes otra operación que contamina los acuíferos subterráneos, con los gases que genera la combustión (sulfuro de hidrógeno, dióxido de carbono y dióxido de azufre), e hidrocarburos; los cuales migran por el anular de los pozos hasta los acuíferos superiores, al fracturarse el cemento con las altas temperaturas (superiores a 1.000 grados centígrados); o a través de fracturas artificiales que se generan por las altas temperaturas y presiones.

También, con los frecuentes derrames de petróleo, se contaminan los caños y los ríos, se pierden cultivos, se esterilizan las tierras y se secan los pastos, afectando la agricultura y la ganadería. Otros problemas son: la construcción de oleoductos y gasoductos, donde se intervienen los lechos de los ríos, de hacen cortes con zanjas de hasta tres metros de profundidad, disminuyendo el nivel freático y desviando el flujo de las aguas subterráneas poco profundas; la quema de gas, donde se generan gases tóxicos, se contamina auditivamente y se calienta la atmósfera del entorno; el polvo que generan las tractomulas en las vías destapadas; y el fracturamiento hidráulico para el Shale Gas.

Es urgente que el país cuente con una ley ambiental más exigente para la exploración y explotación petrolera, sobre todo en zonas visiblemente sensibles como lo es la Orinoquía y la zona alta de la cordillera oriental; donde se establezcan directrices en pro de mitigar los impactos ambientales. Es deber del Congreso de la República legislar para reglamentar y hacer cumplir los artículos 7º y 8º de la C. P.; ya que la explotación petrolera ha afectado la diversidad étnica y la riqueza cultural y natural (medio ambiente) del territorio nacional; se ha violentado el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano (artículo 79 de la C. P.), y se han afectado las reservas naturales y las fuentes de agua, como lo demuestran las secuelas que ha dejado esta industria a lo largo y ancho el país.

3. Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua

Los derechos de los cuales son titulares los miembros de un conglomerado humano se encuentran clasificados en diferentes categorías, de ahí que se consideran algunos de mayor importancia por su objeto de protección y como resultado son considerados de mayor rango, este es el caso de los denominados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta el carácter estratégico para la vida y para el desarrollo social, cultural y económico del país, el agua debe ser protegida por el máximo carácter jurídico que se le pueda dar en nuestro ordenamiento legal.

3.1 Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental

i) Conexión directa con los principios constitucionales

Artículo 1º. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Sentencia T-571 de 1992.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Determinación

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia “aún de su concepción” y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su

ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

Artículo 5°. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos **inalienables** de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Concepto

Los derechos inalienables son aquellos considerados como fundamentales; los cuales no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona. Los derechos humanos son derechos inalienables.

Artículo 7°. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

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

ii) Eficacia directa

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales. Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir

de una interpretación global, el caso sub judice resulte directamente protegido por la Constitución. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo 2° del Decreto número 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

iii) **El contenido esencial**

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el **NÚCLEO BÁSICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL**, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, Dr. Edgar Augusto Arana Montoya ⁶ según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

3.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana

De acuerdo con el informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Seguridad Alimentaria y Nutrición, “*Contribución del Agua a la Seguridad Alimentaria y la Nutrición*”, de julio de 2015, uno de los mayores desafíos que enfrenta la humanidad actualmente es “salvaguardar el agua en aras de la dignidad, la salud y la seguridad alimentaria de todos los habitantes del planeta”.

Este grupo interdisciplinario de expertos se conformó en el año 2010 con el fin de brindar asesoría al Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de las Naciones Unidas (CSA), con la finalidad de producir los informes necesarios a partir de análisis basados en pruebas objetivas, que sirvan como insumo para la orientación y el soporte en la toma de decisiones y la formulación de políticas públicas a nivel mundial.

Algunas de las principales conclusiones de este informe establecen que “el agua es fundamental para la seguridad alimentaria y la nutrición. Es la linfa vital de los

ecosistemas, incluidos los bosques, lagos y humedales, de los que depende la seguridad alimentaria y la nutrición de las generaciones presentes y futuras. Es indispensable disponer de agua de calidad y en cantidad adecuadas, ya sea para beber como para el saneamiento, la producción alimentaria (pesca, cultivos y ganadería) y la elaboración, transformación y preparación de los alimentos”.

El informe toca igualmente uno de los temas que mayor inquietud despiertan no solamente en el ámbito científico sino en el político, como es el del cambio climático, sobre el cual se afirma que “acentúa considerablemente la incertidumbre de la disponibilidad de agua en muchas regiones, ya que afecta a las precipitaciones, la escorrentía, los flujos hidrológicos, la calidad del agua, su temperatura y la recarga de las aguas subterráneas. Tendrá consecuencias tanto en los sistemas de secano, a través de los regímenes de lluvias, como en los de regadío, al modificar la disponibilidad de agua en el ámbito de la cuenca. El cambio climático modificará las necesidades de agua de los cultivos y la ganadería e influirá en los flujos de agua y en las temperaturas de las masas acuáticas, lo que tendrá consecuencias para la pesca. Las sequías pueden intensificarse en ciertas temporadas y en determinadas zonas debido al descenso de las precipitaciones o al aumento de la evapotranspiración. El cambio climático también influye notablemente en el nivel del mar, con efectos sobre los recursos de agua dulce de las zonas costeras”.

El documento define al agua y a los alimentos como “las dos necesidades más elementales de los seres humanos”. De ahí que las tensiones producidas por la escasez de agua en diferentes partes del mundo, así como la presión creciente generada por el incremento demográfico, el aumento de los ingresos, los cambios en los estilos de vida y las dietas, así como la creciente demanda de agua para diversos usos, hayan hecho de estos dos elementos pilares fundamentales en la formulación de una agenda de desarrollo sostenible para la humanidad, que se viene construyendo desde el año 2015 y que deberá fijar metas y compromisos muy precisos de la comunidad internacional en aras de preservar el líquido vital.

Es muy importante considerar el reconocimiento que se hace en este informe de la diversidad de perspectivas desde las que se puede analizar la problemática de la “escasez de agua”; en particular una perspectiva que para el caso del territorio colombiano podría aplicar de manera muy precisa: “puede existir escasez de agua en regiones ricas en recursos hídricos en las que hay un exceso de demanda de agua y, a menudo, una competencia creciente por su uso entre distintos sectores (agricultura, energía, industria, turismo, uso doméstico) que no se gestiona de manera adecuada”.

Las dos premisas fundamentales de las que partió este grupo de expertos para abordar su análisis, reafirman y dan cuenta de la importancia de promover un Acto Legislativo como el que hoy le estamos presentando al país, toda vez que se establece que: 1. “El agua potable y el saneamiento son fundamentales para la buena nutrición, la salud y la dignidad de todos”; y 2. “Contar con agua suficiente y de calidad adecuada es indispensable para la producción agrícola y para la preparación y elaboración de los alimentos”.

Si a estos elementos les sumamos el análisis de la difícil coyuntura por la que atraviesa el país en materia de generación de energía, por cuenta de la disminución de las precipitaciones y el bajo nivel de los principales embalses, tenemos un escenario que hace no solamente pertinente sino indispensable que le brindemos a los colombianos y colombianas de hoy y del mañana una herramienta constitucional que les permita la defensa de un derecho que quizá hace mucho tiempo debió haber sido considerado fundamental por nuestra carta política.

3.3 El agua es un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y al ambiente sano

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias ocasiones y en diferentes casos ha hecho referencia al carácter de derecho fundamental del derecho al agua por conexidad. La Corte Constitucional definió en la Sentencia T-413 de 1995⁴ al agua como un derecho fundamental en conexidad, manifestando lo siguiente:

“En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente contra 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 (C. P. C. Artículo 11), la salubridad pública (C. P. C. artículos 365 y 366) o la salud (C. P. C. Artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela”.

Así mismo, la Sentencia **T-418 de 2010⁵** abarca un amplio y detallado recuento histórico sobre la dimensión del derecho al agua asegurando que:

“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-413 de 1995 M. P. Martínez Caballero, Alejandro.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010 M. P. González Cuervo, Mauricio.

Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto”.

“De acuerdo con la Constitución Política, la no mención expresa de un derecho en la Constitución, en modo alguno implica que éste no se encuentre considerado. Constitución Política, artículo 94”. `La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Por otro lado, en **Sentencia T-578 de 1992**, la Corte admitió que la acción de tutela es procedente para proteger el derecho al agua si reunía los siguientes requisitos:

(i) *“que la vulneración o amenaza recaiga sobre un derecho constitucional fundamental”*; (ii) *“que no exista otro medio de defensa judicial”*; y (iii) *“que la acción de tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial, sea procedente como mecanismo transitorio”*. En aquella ocasión la Corte sostuvo que:

“[“] 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 (C. P. artículo 11), la salubridad pública (C. P. artículos 365 y 366) o la salud (C. P artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”. (Subrayado fuera del texto).

“Es de resaltar el lenguaje categórico empleado por la Corte: *“el agua constituye fuente de vida”*. El carácter fundamental del derecho al agua es la decisión de querer reconocer un estado de cosas, no de crearlo. Colombia, al haber adoptado como modelo constitucional un Estado social de derecho, fundado en la defensa de la dignidad de toda persona y en el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales, en especial, su derecho a una vida digna, adoptaba a la vez, tutelar el derecho fundamental al agua a todas las personas. Ningún sentido tendría pretender asegurar la vida, bien sea humana o de cualquier otra especie, sin asegurar el derecho al agua, en sus dimensiones básicas, como fundamental. No solo desde el punto de vista científico existe un consenso sobre lo esencial que es el agua para la vida. Muchas de las culturas indígenas y negras de la Nación, siguen aportando sus conocimientos ancestrales al respecto, los cuales no han hecho más que insistir en la importancia del agua dentro de nuestro entorno vital; se trata de ideas que anunciaban muchos de los contemporáneos discursos ecologistas”. (Subrayado fuera del

texto).

Si bien la Corte Constitucional ha considerado que el derecho de toda persona al agua es un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida y el ambiente sano y que es objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela en muchas de sus dimensiones, no se ha pronunciado sobre la protección del recurso natural en sí, pues su fundamento está enfocado en la prestación del agua como servicio público y como un recurso estratégico para la vida social, económica y cultural del país, que debe ser garantizado por el Estado tal y como corresponde en un Estado Social de Derecho.

Por otro lado, el acceso al agua potable como servicio público domiciliario ha sido protegido en Colombia por la acción de tutela, en muchos casos, la Corte Suprema de Justicia ha obligado al Estado a garantizar la prestación del servicio con la mejor calidad en cuanto a captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte; bajo estos postulados la Corte ha buscado proteger el derecho fundamental al agua en conexidad con el derecho a la vida y a un medio ambiente sano y saludable.

En estos fallos la Corte Suprema de Justicia reiteró el carácter “*ius fundamental*” del derecho al agua potable, al advertir que: “*El servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacteriológicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores*”.

Esta protección también se ha dado en casos en que particulares vierten desechos sobre las fuentes de agua, limitando, no el acceso sino la calidad. Así, en la **Sentencia T-523 de 1994**⁶ la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y a la salud, y al medio ambiente sano a través de la garantía del ambiente sano en relación con la protección del agua de otras actividades humanas económicas y sociales.

3.4 Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional

Se ha dejado a un lado la protección al propio recurso “agua” el cual es vital para la vida y el desarrollo económico, social y cultural de una sociedad en crecimiento como la nuestra, donde la importancia del recurso es incuestionable.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

La titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo está en cabeza tanto de los individuos como de la comunidad; por ello la jurisprudencia ha precisado que este derecho es tanto individual y colectivo. El derecho al agua es un derecho colectivo, por ejemplo, respecto de la obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las generaciones futuras. Estas obligaciones serán, en consecuencia, reclamables por medio de mecanismos judiciales como las acciones populares; sin embargo a través de los años nos hemos dado cuenta que estas acciones de protección no garantizan la preservación del recurso ya que el abuso indiscriminado y explotación minera, energética, agrícola e industrial ha hecho que las decisiones de la Corte sean limitadas por el carácter estratégico de estas actividades del mercado. A esto se suma una situación de desequilibrio en la que el ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una legislación contundente en materia de protección al recurso hídrico pero sí se enfrenta a modelos de crecimiento económico basados en la explotación indiscriminada y no regulada del agua.

Por lo tanto, es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, como para darle el lugar que le corresponde en la sociedad, el mercado y el Estado, desarrollar una dimensión objetiva de los derechos fundamentales los cuales hacen referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos.

En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivados por la Constitución que guía las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador; dada esta doble dimensión de los derechos, la Corte Constitucional ha reconocido que su realización depende tanto de la actividad judicial, como de la existencia de leyes, normas administrativas y, en general, de políticas públicas que desarrollen sus contenidos y prevean mecanismos de seguimiento y vigilancia de la realización de los derechos.

Al respecto la Corte expresó lo siguiente en la Sentencia **T-704 de 2006**⁷: Que los derechos constitucionales fundamentales se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado, tanto en el nivel nacional como en el territorial, orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-704 de 2006. M. P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

Sobre el mismo punto, la Corte señaló lo que sigue en la Sentencia **T-418 de 2010**⁸: “*La protección y garantía adecuada de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales constitucionales, bien sean de libertad o sociales, depende en buena parte de las políticas públicas que, dentro del orden constitucional vigente, sean diseñadas, elaboradas, implementadas, evaluadas y controladas, en un contexto de democracia participativa*”. En consecuencia, es una obligación del Legislador expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes (social, económico, político, cultural, etc.), no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción. Esas leyes deben estar acompañadas de mecanismos administrativos, políticos, económicos y de otra índole que hagan realidad sus cometidos, así como de instrumentos de seguimiento, vigilancia y control de la adecuada actuación de todos los poderes públicos desde una perspectiva de derechos.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 2010. M. P. Calle Correa, María Victoria.

4. Marco Normativo

4.1 Constitución Política Colombiana de 1991

El artículo 79 establece que 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, así como garantizar el derechos de todas las personas a gozar de un ambiente sano.

El artículo 102 establece: “El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”, son catalogados como bien de dominio público teniendo en cuenta su finalidad, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la afectación de los bienes de dominio público, del Derecho Internacional y de los tratados internacionales.

La Constitución Política de Colombia recoge los criterios del Derecho Público Internacional en lo referente al régimen jurídico de las aguas marinas, aguas de los mares o aguas marítimas, e incorporan los recursos naturales que se hallen dentro de la denominada zona económica exclusiva como parte del territorio colombiano.

4.2 Código Civil

El Código Civil también regula en materia de agua sobre las no marítimas o continentales en sus artículos 674, 677 y 678.

“Artículo 674. Bienes públicos y de uso público. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República”.

“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.

Exceptúense 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 678. Uso y goce de bienes de uso público. El uso y goce que para el tránsito, riesgo, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las

demás que sobre la materia contengan las leyes”.

Si, además, su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.

4.3 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

En el artículo 80 se establece que:

“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”.

4.4 La Ley 99 de 1993

Esta ley desarrolla los principios de las Declaraciones de Estocolmo de 1972 y de Río de Janeiro de 1992 según el numeral 1 del artículo 1°.

5. Antecedentes Legislativos del Agua como Derecho Fundamental

5.1 Proyecto de ley número 171 de 2008 de Cámara, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes.

En febrero de 2007, se reunieron más dos millones de firmas por parte del Comité Nacional en Defensa del Agua y la Vida para impulsar un referendo que pretende que el agua sea declarada un bien público y común.

Esta iniciativa ciudadana plantea que el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental, que el servicio de acueducto y alcantarillado debe ser prestado por el Estado o por comunidades organizadas de manera directa e indelegable, con lo que se excluye la posibilidad de que empresas privadas presten el servicio y que el agua es de propiedad de la nación y de uso público.

5.2 Proyecto de Acto Legislativo número 054 de 2008 de Cámara, por el cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones.

Mediante este proyecto de ley, el cual tenía un objetivo similar al del referendo, se buscaba constitucionalizar el acceso al agua de la población colombiana como un derecho fundamental. De acuerdo con el proyecto, este derecho debía ser garantizado por el Estado a través del suministro eficiente de agua para todas las personas, sin discriminación étnica, de género, territorial o de cualquier índole.

Buscaba, al declarar el acceso al agua como derecho fundamental, darle un carácter subjetivo, exigible y tutelable, para hacerlo exigible por parte de los ciudadanos.

5.3 Proyecto de ley número 047 de 2008 de Cámara, por la cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones.

Este proyecto de ley, radicado por la Defensoría del Pueblo, pretendía desarrollar y reglamentar el derecho humano al agua, consagrado así por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, fundamentado en la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los conceptos de bloque de constitucionalidad y la subregla jurisprudencial.

5.4 Proyecto de Acto Legislativo N° 11 de 2016 Senado-260 de 2016 Cámara. “por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dieron 6 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura. Sin embargo dada la importancia del proyecto y actual coyuntura del país con la nueva oportunidad que nos da el proceso de paz y teniendo en cuenta que uno de los puntos más relevantes del acuerdo es la reforma rural agraria integral y que la protección del agua está íntimamente ligada a la realización de dichos fines, este proyecto de acto legislativo radicó nuevamente.

RADICACIÓN EN SENADO DE LA REPUBLICA	
Fecha de Presentación	miércoles, 16 de marzo de 2016
TRAMITE EN SENADO DE LA REPUBLICA 1° VUELTA	
Fecha de Aprobación Primer Debate	miércoles, 04 de mayo de 2016
Fecha de Aprobación Segundo Debate	martes, 17 de mayo de 2016
TRAMITE EN SENADO DE LA REPUBLICA 2° VUELTA	
Fecha de Aprobación 1 Debate 2° Vuelta	martes, 18 de octubre de 2016
Fecha de Aprobación 2 Debate 2° Vuelta	martes, 15 de noviembre de 2016
TRAMITE EN CAMARA DE REPRESENTANTES 1° VUELTA	
Fecha de Aprobación Primer Debate	jueves, 02 de junio de 2016
Fecha de Aprobación Segundo Debate	viernes, 17 de junio de 2016

Se realizaron los ajustes al artículo para presentar nuevamente el Proyecto Legislativo conforme a lo consensuado hasta el momento por cada una de las Cámaras, las conversaciones con los miembros de los ministerios de Vivienda y desarrollo rural, Minas y Petróleo quienes delegaron al Ministro de Ambiente la vocería de respaldo al Proyecto de Acto Legislativo en comento.

5.4. Proyecto de Acto Legislativo N° 14 de 2017 Senado-282 de 2017 Cámara. “por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.”

El Acto Legislativo fue retirado en Primer debate primera vuelta en Cámara. Sin embargo dada la importancia del proyecto de acto legislativo, será radicado nuevamente sin modificación alguna a su articulado.

El día 8 de mayo de 2017 se realizó audiencia pública mediante la cual se socializó el proyecto de acto legislativo.

Se recibió concepto del Ministerio de Hacienda y concepto de la defensoría del pueblo radicado el 10 de mayo de 2017 en esta Corporación.

6. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado

6.1 Bloque de constitucionalidad

En Colombia, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Constitucional crean un puente de implementación a través del cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se integran en el Derecho colombiano en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad. El efecto principal de ello es brindar rango constitucional a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano y la obligación de armonizar y adaptar el derecho interno a los compromisos internacionales del Estado colombiano, y por consecuencia, la evolución en materia de protección y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno.

De acuerdo con esta figura, podemos citar algunos acuerdos suscritos por Colombia con el propósito de la protección del agua y los recursos naturales para esta y las futuras generaciones:

A. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Suscrito por el Estado colombiano el día 21 de diciembre de 1966 y ratificado mediante Ley 74 de 1968. El instrumento internacional hace alusión a que *“todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”* agrega que *“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”*, por lo tanto, *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. De ahí que, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano competente para emitir interpretaciones acerca del contenido del Pacto, adoptó en el año 2002 la Observación General número 15, por medio de la cual estableció que: *“El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico. Una cantidad adecuada de agua es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer requerimientos de consumo, cocina, de higiene personal y doméstica”*.

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y de cómo lograr que los recursos sean sostenibles, contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las consecuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país.

B. La Declaración de Estocolmo (1972) sobre el Medio Humano

Inició con 26 principios no vinculantes: i) Derecho fundamental a la libertad, igualdad y el disfrute a condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna a las futuras generaciones. ii) Preservación de los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras. iii) Necesidad de impedir la contaminación de los mares y poner fin a la descarga de sustancias tóxicas, la importancia de la asistencia financiera y tecnológica, necesidad de confiar a instituciones nacionales la planificación, gestión y control de la utilización de los recursos naturales, y iv) Necesidad de educación ambiental, desarrollo económico y social indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable.

C. La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco, 1997.

Planteaba en sus artículos 4º, 5º, 6º, 8º y 10 que un ambiente sano hace parte del patrimonio común con que la humanidad va a afrontar su desarrollo científico y económico y la preservación de la especie en el futuro.

Entre estas obligaciones de las generaciones presentes se cuentan la libertad de elección de las futuras generaciones de escoger su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa, el mantenimiento y perpetuación de la humanidad, la preservación de la vida en la Tierra y la diversidad biológica, el genoma humano, la diversidad y el patrimonio cultural, la paz, el desarrollo, la educación y la no discriminación.

Atención especial y aparte merece el artículo 8º de esta declaración donde se establece que el patrimonio común de la humanidad no se puede comprometer de manera irreversible.

D. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo)

Sobre el Desarrollo Sostenible se pactaron cláusulas en pro del compromiso de los gobiernos para la protección del medio ambiente:

“Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002, reafirmamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible”.

“Nos comprometemos a construir una sociedad mundial humanitaria y equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos”.

“Por consiguiente, asumimos la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”.

“Desde este continente, cuna de la humanidad, proclamamos, por medio del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la presente Declaración, nuestra responsabilidad hacia nuestros semejantes, hacia las generaciones futuras y hacia todos los seres vivientes”.

“Reconociendo que la humanidad se encuentra en una encrucijada, nos hemos unido resueltos a responder de manera positiva a la necesidad de formular un plan práctico y concreto que nos permita erradicar la pobreza y promover el desarrollo humano”.

“Estamos de acuerdo en que debe ser este un proceso inclusivo en el que han de intervenir todos los grandes grupos y gobiernos que han participado en la histórica Cumbre de Johannesburgo”.

“Nos comprometemos a aunar esfuerzos, resueltos a salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad y la paz universales”.

“Nos comprometemos a cumplir el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y a acelerar la consecución de los objetivos socioeconómicos y ambientales en los plazos que allí se fijan”.

“Desde el continente africano, cuna de la humanidad, nos comprometemos solemnemente, ante los pueblos del mundo y las generaciones que heredarán la Tierra, a actuar para que se haga realidad el desarrollo sostenible, que es nuestra aspiración común”.

E. Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

En esta cumbre política con fuerte sesgo económico, se discutieron no solo las formas y métodos para preservar el medio ambiente, sino los criterios para asegurar la participación de todos los pueblos en los beneficios que racionalmente pueden obtenerse de los recursos naturales.

Es la convocatoria más importante a nivel mundial sobre la protección del derecho ambiental y en especial la protección del agua. Asistieron 178 países, 112 de ellos representados por sus Jefes de Estado y de Gobierno.

F. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Reafirma la Declaración de Estocolmo y proclama 27 principios que buscan: “*establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores clave de las sociedades y las personas*”, y “*alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial*” los cuales son:

- ✓ Derecho a un medio ambiente adecuado (1)
- ✓ Derechos de acceso: información - participación - justicia (10)
- ✓ Implementación nacional del desarrollo sostenible (3, 4, 8, 20, 21)
- ✓ Deber de cooperar (5, 6, 7, 9, 12, 18, 19)
- ✓ Deber de evitar el daño ambiental (2, 14, 17, 24)
- ✓ Deber de reparar el daño ambiental (10, 13)
- ✓ Deber de adoptar legislaciones ambientales (11)
- ✓ Principio contaminador - pagador (16)
- ✓ Reconocimiento del derecho de las minorías (22, 23)
- ✓ Principio (enfoque) de precaución (15)
- ✓ Indisolubilidad de la paz, el desarrollo y la protección ambiental (25, 26)

La Declaración de Río generó instrumentos jurídicamente vinculantes como el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, el *Convenio Marco de las NU sobre el Cambio Climático* y las bases para la formulación y negociación de la *Convención de Lucha contra la Desertificación y la Sequía* e instrumentos jurídicamente no vinculantes como la

Declaración sobre Bosques y Agenda 21.

6.2 Derecho comparado

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace tan solo apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y lograr que los recursos sean sostenibles. Contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las consecuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país. Algunos países que han establecido el derecho al agua como fundamental desarrollan:

PAÍS.	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
Argentina	El poder judicial de la República de Argentina haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución consagrada en el numeral 22 del artículo 75 de la Carta Política, que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.
Bolivia	La Constitución Política de la República de Bolivia incorpora, dentro de su texto, el derecho fundamental al agua potable en varios de sus artículos. El artículo 16 establece: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación” y en el artículo 20 consagra que: “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”.
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”.
Italia	En Sentencia número 259 de 1996 la Corte Constitucional italiana sostuvo que “el agua es un bien primario en la vida del hombre, configurado como recurso para salvaguardar, caracterizado por ser un derecho fundamental tendiente a mantener integro el patrimonio ambiental”.

Bélgica

El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica, en Sentencia número 036 de 1998, reconoció la existencia de un derecho al agua. Esta Corporación señaló que este derecho “se deriva del artículo 23 de la Constitución y de Capítulo 18 del Programa 21 aprobado en junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”.

7. Alcance del el proyecto de acto legislativo.

7.1 Acceso al agua como derecho fundamental.

Uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) presentados por la Organización de Naciones Unidas, concretamente el sexto objetivo es “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible”. Para la Organización de Naciones Unidas “el agua libre de impurezas y accesible para todos es parte esencial del mundo en que queremos vivir” y “hay suficiente agua dulce en el planeta para lograr este sueño”.

La protección del recurso hídrico es una necesidad urgente a nivel global. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU) “para 2050, al menos una de cada cuatro personas probablemente viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce”⁹. Este objetivo de desarrollo sostenible, junto con los otros 16 objetivos, son una base para la construcción de una paz sostenible en nuestro país.

Según el informe Dividendos Ambientales de la Paz elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, la guerra armada deja un saldo ambiental preocupante. Tan solo frente al recurso hídrico el “60% de las fuentes hídricas del país están potencialmente afectadas por extracción ilícita de minerales y derrames de petróleo: 10 veces el caudal promedio del río Nilo”¹⁰ y “4,1 millones de barriles de petróleo han sido derramados en los últimos 35 años: equivalente a 16 veces la catástrofe de Exxon Valdez (así se llamaba el buque petrolero que en 1989 encalló con 11 millones de galones de crudo y causó la peor tragedia ecológica en Alaska)”. Adicionalmente, “los 757 mil barriles derramados entre 2009 y 2013 afectan el agua y el suelo de 129 municipios”. Es en este contexto que se hace imperativo suplir el déficit de protección al recurso hídrico reconocido por la Corte Constitucional¹¹.

El derecho al agua, cuyo contenido ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia, es un derecho polifacético. Así, la Corte Constitucional ha mencionado que entre los derechos constitucionales relevantes en materia del agua “vale la pena al menos mencionar los siguientes: el (1) derecho a la vida, que se consagra como inviolable y (2) a que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o

⁹ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

¹⁰ Medio Ambiente: El gran dividendo de la paz. PNUD, 2016. Disponible en: <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2016/03/11/medio-ambiente-el-gran-dividendo-de-la-paz.html>

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

degradantes, (3) el derecho a la igualdad (“), (4) los derechos de las niñas y de los niños; (5) al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado; (6) a una vivienda digna; (7) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y a que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectarlo”¹².

En este sentido, las distintas dimensiones del derecho al agua podrían clasificarse en al menos dos grupos, la primera dimensión hace de este derecho una condición necesaria del derecho a la vida de los seres humanos, y todos los aspectos y garantías que se relacionan con esta dimensión: igualdad, derechos de las niñas y los niños, vivienda digna, etc. La segunda dimensión relaciona directamente el derecho al agua como recurso natural esencial del medio ambiente con el derecho a gozar de un ambiente sano. Ambas dimensiones quedan plasmadas en el texto de artículo 11 A que propone el presente proyecto de acto legislativo, pues no solo se establece que todo ser humano tiene derecho al acceso al agua sino y que su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, con lo que se recoge la dimensión humana del derecho al agua, sino que, además, se establece que se trata de un recurso público esencial para el desarrollo social, ambiental, económico y cultural y que corresponde al Estado colombiano garantizar la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible tanto del recurso como de los ecosistemas.

El derecho al agua ha sido definido por Naciones Unidas como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹³ que comprende (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua, y además, que el mismo sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”. Por otro lado, como ya se mencionó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado una serie de elementos necesarios para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua¹⁴.

1. La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

¹³ http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

¹⁴ ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

2. La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

3. La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: a) Accesibilidad Física; b) Accesibilidad Económica; c) No Discriminación; d) Acceso a la Información.

7.2 Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas

Es necesario implementar un verdadero modelo de desarrollo sostenible en Colombia en el que la protección ambiental sea un tema prioritario y que no desconozca el derecho internacional cuando se establezcan las líneas de crecimiento económico nacionales.

Es indispensable no solo crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental. En este sentido, se expondrá a continuación información y estadísticas relacionada con los daños ambientales causados por los seres humanos en los últimos años, especialmente en los ecosistemas de páramos que se encuentran en grave riesgo y sufren el impacto de la explotación minera y la agricultura y ganadería extensivas, con lo que ponen en riesgo la disponibilidad del recurso hídrico.

7.3 No busca la gratuidad del Servicio Público

Este Proyecto de acto Legislativo atiende la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido en que debe atender a las condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad conforme al principio de progresividad. Con ello, se resuelve la inquietud frente al tema de la gratuidad y mínimo vital por las siguientes razones.

La accesibilidad en sentido amplio implica que el agua y las instalaciones y servicios de

agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; y en sentido específico, la accesibilidad económica implica que los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo. Por lo tanto, la accesibilidad no implica gratuidad ni implica la inexistencia de un costo por el servicio; lo que implica es que dicho costo cumpla con ciertas características.

Cabe anotar que de acuerdo con el estudio “Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” de la Defensoría del Pueblo, en materia de accesibilidad económica es evidente que el abastecimiento de agua supone la existencia de costos directos e indirectos derivados del transporte, aducción, tratamiento, almacenamiento, distribución y comercialización de líquido. Por ende, es claro que los costos no provienen del agua, sino de las actividades requeridas para su distribución en óptimas condiciones, y estos costos en ningún momento se desconocen en el presente proyecto.

Adicionalmente, tal y como lo manifestó el DNP en el concepto enviado, la asequibilidad desde el punto de vista de accesibilidad económica no indica un servicio gratuito. Ello por cuanto la ley es clara al consagrar como indebida competencia a la hora de prestar el servicio público de agua potable, la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-041 de 2003 señaló que “el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (artículo 367) y ha surgido en cabeza de los particulares, la obligación a contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (artículos 95, 367, 368 y 369 C. P.). Por ende, el reconocimiento del derecho al agua como fundamental no implica que el servicio de acueducto deba ser gratuito para la población.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de la no gratuidad del servicio y de la existencia de unos costos asociados al mismo, es claro que al derecho al agua también le son aplicables los mandatos generales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con su aplicación. Por lo tanto, debe haber una aplicación progresiva del derecho.

Por lo tanto, para evitar interpretaciones erróneas y para que el Estado pueda responder a las obligaciones que se generan con el reconocimiento de este derecho se incluyó de manera explícita el principio de progresividad. También se hizo con el fin de reafirmar el pronunciamiento de la Corte en su sentencia T-760 de 2008 según el cual “Las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para

garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho”.

7.4 La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales.

Frente a este punto es importante destacar que la regla de sostenibilidad fiscal no es un impedimento para reconocer derechos fundamentales. En el año 2011 se aprobó el Acto Legislativo número 3 relacionado con la sostenibilidad fiscal que en su primer artículo, hoy artículo 334 de la Constitución establece que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público será prioritario (“).

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”¹⁵.

En este sentido, el cumplimiento y garantía plena de los derechos fundamentales es la principal excepción a la regla de sostenibilidad fiscal.

7.4 No generará una Tutelación

La acción de tutela para amparar el derecho fundamental de acceso al agua es un mecanismo existente que no depende de la consagración de éste en la Constitución para su activación efectiva. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “se ha ocupado en varias ocasiones de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, entendiendo que cuando se destina al consumo humano se realiza su propio carácter de derecho fundamental y su protección puede ser garantizada a través del mecanismo constitucional”¹⁶. La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es

¹⁵ Artículo 334. Constitución Política de Colombia

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

necesario “estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso”¹⁷.

Más allá de las posibilidades de activación de mecanismos de protección que se puedan activar al consagrar el derecho al agua como derecho fundamental en el texto de la Constitución, cabe resaltar que Colombia se ha comprometido a nivel internacional a cumplir con las metas asociadas al objetivo número 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Es decir, el Gobierno nacional ya ha adquirido unos compromisos y se ha propuesto unas metas en términos de protección del recurso hídrico que en nada se modifican con la consagración del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución. En este sentido, a continuación se mencionan algunas de las metas a las que se compromete Colombia asociadas al objetivo de desarrollo sostenible consistente en “garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible”:

- ✓ Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos.
- ✓ Para 2030, mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la reducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial.
- ✓ Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua.
- ✓ Para 2030, poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda.
- ✓ Para 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.
- ✓ Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

la gestión del agua y el saneamiento”¹⁸.

Asimismo, el documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 estableció que “el acceso al agua potable y saneamiento básico son factores determinantes para mejorar las condiciones de habitabilidad de las viviendas, impactar en la situación de pobreza y salud de la población, así como contribuye a incrementar los índices de competitividad y crecimiento del país. Sin embargo, se presentan deficientes indicadores de prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en algunas zonas del país, a nivel de cobertura, calidad y continuidad, que requieren acciones concretas encaminadas a asegurar la adecuada planificación de las inversiones sectoriales y esquemas de prestación de los servicios que aseguren la sostenibilidad económica y ambiental de las inversiones”.

Adicionalmente las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 señalan que “reducir la pobreza y lograr una mayor equidad requiere mejorar la conexión de las poblaciones con los circuitos del crecimiento económico, así como el acceso a bienes y servicios que mejoran sus condiciones de vida. Esto es una vivienda digna, con acceso adecuado a agua y saneamiento básico, con facilidades de transporte y acceso a tecnologías (“)

Entre los datos presentados por el Gobierno se encuentra que “de acuerdo con el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), el 11, 2% de los hogares del país no tenían acceso a fuente de agua mejorada, en tanto que el 11, 8% tenían una inadecuada eliminación de excretas, siendo la incidencia en el área rural de 26,8% y 40,2%, lo que evidenció una brecha urbana rural de 3,5 y 12,6 veces respectivamente”.

Concretamente, el Gobierno establece en el PND 2014-2018:

Producto (asociado a la meta intermedia de IPM)	Línea de base (2013)	Meta a 2018
Personas con acceso a agua potable	41.877.000	44.477.000

¹⁸ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

Personas con acceso a una solución de alcantarillado	39.469.000	42.369.000
--	------------	------------

Es decir, el Gobierno nacional tiene previsto en su Plan Nacional de Desarrollo como meta a 2018 el aumentar el número de personas con acceso a agua potable y con acceso a una solución de alcantarillado en el país. El cumplimiento y exigibilidad de las metas establecidas por el Gobierno es independiente de la promulgación del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución.

El proyecto de Acto legislativo en mención no requiere estudio de impacto fiscal ya que como lo establece el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

Cordialmente,

JORGE PRIETO RIVEROS
