

Análisis de la conceptualización de “entidad sujeto de derechos” para el litigio ambiental en Colombia. Un estudio del agua y de los páramos

Analysis of the conceptualization of “entity rights subject” for the environmental litigation in Colombia. Water and moors study

Jorge Díaz Gil*

Resumen

Los debates contemporáneos de derecho sobre contaminación, deforestación, y afectación al entorno humano deben pasar, de manera obligatoria y sin distinción de área, por el tema medioambiental. Este debate ha sido dado en diferentes países y en distintos niveles. Por esta razón, hay un auge creciente, en Colombia, de litigios sobre esta materia, los cuales corresponden a las medidas judiciales que protegen el medio ambiente y que de forma específica lo catalogan “entidad sujeto de derechos”. Por lo tanto, debe hacerse una revisión de las implicaciones que puede traer tal conceptualización.

De esta forma, en el presente escrito se hará una breve apreciación del contexto internacional, en lo referente a protección medioambiental, revisando el caso colombiano y de acuerdo a la experiencia extranjera identificar cuáles podrían ser algunos de los efectos jurídicos, tanto teóricos como prácticos

Cómo citar este artículo: Gil, J. (2021). Análisis de la conceptualización de “entidad sujeto de derechos” para el litigio ambiental en Colombia. Un estudio del agua y de los páramos. *Revista Nueva Época*, 57, 75-94. <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.57.2021.9106>



* Abogado y conciliador en Derecho de la Universidad de Pamplona. Especialista en Derecho Público Global de la Universidad Castilla La Mancha. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente universitario. Artículo resultado del Proyecto de investigación “Constitucionalismo Territorial” de la Convocatoria Interna UNISANGIL. ORCID: 0000-0002-9481-0113. Correo electrónico: jdg.jurista@gmail.com

de apropiar dicha noción, específicamente, bajo la perspectiva del derecho al agua y la protección a los páramos.

Palabras clave: Decisiones judiciales, entidad sujeto de derechos, medio ambiente, litigio ambiental, derecho al agua, páramos

Abstract

Contemporary debates in law, in the current stage of pollution, deforestation, and affectation to the human habitat, must pass through the environmental theme, almost obligatorily, and without area distinction. This debate has been given in different countries and at different levels, for this reason, with the growing importance in Colombia of litigation in this matter, and corresponding judicial measures that protect the environment, and specifically label it as "entity subject of rights", there should be a review of the implications of such conceptualization.

In this way, this text make a brief assessment of the international context, with regard to environmental protection, reviewing for the Colombian case, and according to foreign experience, what could be some of the legal effects, both theoretical and practical to appropriate this notion, specifically under the perspective of the right to water, and the moors protection.

Keywords: Judicial decisions, entity subject of rights, environment, environmental litigation, right to waters, moors

1. Introducción

La protección del medio ambiente se ha buscado por diversos medios, desde movilizaciones ciudadanas, organizaciones de activistas y estrados judiciales. Sin embargo, la vía judicial, por su propia estructura, plantea una serie de detalles de carácter más técnico y específico que

las otras. Por tal razón, su avance ha sido más lento y ha implicado, a su vez, el desarrollo de doctrina, que junto a la jurisprudencia producida generen resultados integrales en el propósito que persiguen.

De esta forma, las decisiones judiciales han tenido su propio desarrollo frente a las controversias ambientales, ini-

ciando con la nula producción jurídica sobre el tema y haciendo un avance que, eventualmente, no es secuencial o constante, sino que puede darse de forma esporádica y dispersa en el entorno jurídico.

En dicha perspectiva dispersa, no existe una clara línea temporal y espacial que demuestre el desarrollo de la protección a los derechos ambientales. Sin embargo, pueden identificarse, por lo menos, tres momentos: i) el reconocimiento primordial de los derechos de las personas¹ respecto de su entorno, ii) el reconocimiento de los derechos de la comunidad,² en relación estrecha con el medio que la rodea, y iii) el reconocimiento de la autonomía y la prevalencia del medio ambiente y del ser humano como partes de la naturaleza. Así es como se ha hecho un tránsito desde la perspectiva antropocéntrica al enfoque ecocéntrico.

Respecto a este tercer momento, en Colombia, la Sentencia T-622, de 2016, de la Corte Constitucional, ha dado un paso adelante en la protección

judicial del medio ambiente. A partir de ella, otras decisiones judiciales han sido proferidas con el mismo propósito; sin embargo, el concepto de “entidad sujeto de derechos” merece una revisión especial, en cuanto crea paradigmas jurídicos novedosos no solo para el Estado, sino para los ciudadanos, como parte de la visión ecocéntrica planteada.

1.1 Problema de investigación

¿Qué implicaciones trae la conceptualización de “entidad sujeto de derechos” para el litigio ambiental en Colombia, frente al derecho al Agua y a los páramos?

Para responder la inquietud planteada, se hace una revisión documental de carácter jurisprudencial y dogmático, tomando como soportes algunas referencias contextuales internacionales y el desarrollo temático de la situación jurídica colombiana actual, construido desde un análisis crítico, descriptivo, comparativo y sistemático de la información.

2. Contextualización

Con el referido fallo T-622 de 2016, se consolida la idea de hacer un cambio en el concepto de ser humano, donde deja de ser el centro de la tierra para ser parte de ella. Al tratarse un río

¹ Así fue presentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Caso López Ostra contra España, en Sentencia del 09 de diciembre de 1994.

² Al respecto, está el ejemplo de la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo Saramaka contra Surinam.

como un cuerpo de agua específicamente, se debe considerar que el agua, en cualquiera de sus estados, es un recurso natural insustituible para el mantenimiento de la salud y el aseguramiento de la vida de los seres humanos. En esencia, es de uso público y se constituye como un elemento esencial del ambiente, por ende, su preservación, conservación, uso y manejo están vinculados con el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano, considerándose de esta forma, en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, como un derecho fundamental, en cuanto su afectación lesiona gravemente garantías, entre otras, a la vida digna, a la salud y al medio ambiente, además por su importante papel en las dinámicas territoriales, comunales, y de construcción de vínculos entre los seres que componen determinado espacio.

Por tal razón, su protección y conservación no debe limitarse en un primer plano al Estado, sino también a las instituciones que hacen provecho del recurso y a los individuos que circundan su área de afluencia, reconociendo así una responsabilidad conjunta que lleva a plantear el primer dilema constitucional: ¿hasta qué punto la responsabilidad por el mal uso y la contaminación del medio ambiente se extiende a terceros y a personas naturales?

En tal sentido, se han planteado algunas líneas de acción directamente desde la Organización Internacional de Policía Criminal –Interpol– (2019), donde se consideran los delitos pesqueros, forestales, de contaminación y contra la vida silvestre, así como la respuesta institucional a dichas circunstancias. De igual forma, desde la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC– (2019) se ha hecho una breve mención a los delitos contra el medio ambiente. En al ámbito interamericano, mediante la opinión consultiva 23, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), se reconocen, por lo menos, ocho obligaciones de los Estados para la protección transversal del medio ambiente. Específicamente, en el régimen penal colombiano, se contemplan en los artículos 328 y siguientes, lo que se ha denominado “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.

De igual forma, en lo concierne al acceso al agua³, la Comisión Interamericana (2015), en su informe anual desarrolla lineamientos respecto a las

³ Al respecto puede verse, por ejemplo, lo publicado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el Agua, como manifestación de los derechos económicos, sociales y culturales. Y respecto a las aplicaciones, implicaciones y obligaciones Estatales, se recomienda revisar el Folleto Informativo N° 35 de las Naciones Unidas.

garantías mínimas de acceso al recurso, de igual manera, las Naciones Unidas, mediante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua desarrollada en Mar de Plata (1977) y las Resoluciones 64 de 2010 de la Asamblea General, y 15 de 2010, del Consejo de Derechos Humanos, también lo hace. Respecto a lo anterior, Bernal (2018), al evaluar, en perspectiva comparada, determina que la prestación efectiva del servicio y el acceso al líquido vital debe responder a vínculos de responsabilidad entre el Estado, los terceros prestadores y, adicionalmente, los usuarios del recurso.

En tal sentido, el derecho al agua ha ido tomando fuerza en su faceta de potabilidad, calidad y suministro, como es evaluado en las sentencias T-064 de 2019 y T-216 de 2019, de la Corte Constitucional. Ambas refieren, respectivamente, que se ha declarado el acceso al agua como un derecho fundamental. Se encuentra como característica común que se trata del acceso al agua potable apta para el consumo humano, que se presta generalmente por medio del servicio público domiciliario de acueducto, que regula la Ley 142 de 1994.

Una de las dimensiones del acceso al agua como derecho fundamental es, justamente, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la exigencia

de calidad, según la cual “el agua disponible no debe contener micro organismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas”, reconociendo las dinámicas de contaminación que tradicionalmente han profundizado el daño al recurso hídrico. De tal trascendencia ha sido el tema de protección al agua, que en sentencia T-302 de 2017 se declaró el estado de cosas inconstitucionales, entre otras razones, por el goce del derecho al agua del pueblo Wayúu.

3. Concepto de sujeto de derechos

Esta perspectiva garantista, expuesta hasta el momento, tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico a razón de la denominada constitución ecológica, tal y como lo desarrolla la propia Corte Constitucional, en Sentencia C-449 de 2015, reconociendo que el medio ambiente resulta ser un objetivo esencial en la estructura del Estado social de derecho, además de ser un principio y un derecho en el ordenamiento. Por tal razón, la protección ambiental de la Sentencia del Río Atrato no surge de manera espontánea, sino que tiene asidero en los desarrollos jurisprudenciales de la propia Corte, en consonancia con los estándares interamericanos e internacionales.

En tal sentido, dicha Sentencia de 2015 ya había referido, en su acápite 4.3,

[...] la preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza fueran estos bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc., no por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino principalmente como sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos, constituye un imperativo para los Estados y la comunidad. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista.

Este elemento “sujeto de derechos”, considerado específicamente, supera el debate etimológico como lo expone Guzmán (2002) y, en nuestro contexto, bajo cierta noción formalista, se torna en un “supraconcepto” que puede abarcar tanto la pluralidad de las entidades, los elementos individuales y específicos considerados en sí mismos, el conjunto de especies de fauna y flora que habitan el territorio colombiano como los diversos enfoques, intervinientes, acciones y órdenes para su desarrollo. Este término se usa para la protección del medio ambiente y desprende obligaciones por parte de un conjunto de órganos

del Estado para su protección. Es así como se consagra el deber esencial del Estado y de la sociedad de velar por el cuidado de nuestro patrimonio cultural y natural, conforme al artículo 8 de la Constitución al capítulo de derechos colectivos: artículos 79 y 80, las obligaciones específicas de los artículos 95 al 98 y los parámetros generales que orientan la relación entre el ser humano y su entorno vital.

De igual forma, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección B, en Sentencia del 29 de abril de 2015 recoge el argumento bajo el que, aunque existe un ámbito global de la protección ambiental, la actuación local es un imperativo racional y físico, en razón a la imposibilidad de actuar globalmente. Es así como se interrelacionan las autoridades ambientales nacionales y regionales con las autoridades territoriales, departamentales y municipales, en una total solidaridad jurídica, siendo de tal importancia que en su parte motiva y decisoria relaciona el goce de un ambiente sano con la moralidad administrativa, el patrimonio público y la preservación y restauración del medio ambiente.

En el marco de estos avances jurisprudenciales, como lo presenta Bagni (2018), hablando del Río Atrato, “esta sentencia empuja el constitucionalismo colombiano más allá del modelo

de desarrollo sustentable, hacia una nueva dogmática ecocéntrica del derecho y de la justicia ambiental” (p.43). Desde esta misma perspectiva, López (2019) expone que:

[...] el medio ambiente se transforma en elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano, cuya importancia recae en la atención a las personas que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación con los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta. Se trata, entonces, de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra, esto es, reconocernos como partes inmanentes del ecosistema de la vida, antes que a partir de categorías normativas de dominación, explotación o utilidad propias de las economías del control de las narrativas liberales de la modernidad tecnocientífica e hiperempírica. (p.62)

4. Decisiones judiciales con enfoque ambiental

Según lo expuesto, resulta claro que la Sentencia del Río Atrato es solo un paso más en el desarrollo proteccionista del medio ambiente en Colom-

bia. La Corte suprema de Justicia, en Sentencia STC-4360 de 2018, de la Sala de Casación Civil y Agraria, continuando con este proceso garantista en evolución, tomó una medida similar respecto de la Amazonía colombiana reconociéndola como titular de cuatro elementos esenciales: la protección, la conservación, el mantenimiento y la restauración. Todos a cargo del Estado y de las entidades territoriales que la integran, protegiendo los derechos incluso de las generaciones futuras, como fundamento de la obligación de solidaridad directa con la naturaleza, pues dicha relación se edifica en un valor, en sí mismo, por cuanto el ser humano “forma parte de la naturaleza “siendo”, a su vez, naturaleza”.

Tales decisiones llevan a la segunda cuestión constitucional. ¿Al existir tal decisión constitucional, los jueces de instancia y de tribunales de distrito pueden extender la protección ambiental a otros sujetos? Al respecto, cabe enunciar que dichos fallos de naturaleza ambiental han sido proferidos no solo por altas cortes, sino bajo la figura de los efectos *inter comunis* de las sentencias también por tribunales locales respecto de las entidades específicas, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sentencia del 9 de agosto de 2018, expone:

Para la Sala resulta claro que los deberes enunciados como a cargo

del Estado, no pueden ser satisfechos si previamente no se da a los páramos la especial protección que merecen como sujetos de derechos, y como entes de los cuales también se derivan ciertos derechos fundamentales y colectivos de la población que de este dependen, so pena inclusive de comprometer su responsabilidad internacional.

Tal elemento de responsabilidad es profundizado al recordar el caso de la Corte IDH de la Comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005 donde se expone que las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.

Así, el papel activo del juez en asuntos ambientales, para el Tribunal de Boyacá, implica declarar al Páramo de Pisba sujeto de derechos y, consecuentemente, recurrir al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que realice la delimitación pertinente para la adecuada protección del mismo, actuando como su representante legal. Sin embargo, este proceso ha llegado para revisión nuevamente a la Corte

Constitucional, que mediante Auto-050 de 2019 expresó que, a pesar de haberse acumulado dos procesos, al revisar de forma preliminar los expedientes T-6980588 y T-7041100, no existe unidad de materia, pues, aunque ambos asuntos se relacionan con la protección del medio ambiente y las decisiones de instancia coinciden en reconocer al río Pasto y al Páramo de Pisba como sujetos de derechos. En este orden, cada uno de estos será evaluado de forma independiente, quedando así en espera de dos nuevas sentencias respecto a la protección de entidades sujetos de derecho por parte del órgano de cierre constitucional.

Adicionalmente, el Tribunal Administrativo del Tolima (2019), en Sentencia del 30 de mayo de 2019, reconoce a los ríos Coello, Combeima y Cocora, sus cuencas y afluentes como entidades individuales, sujetos de derechos a la protección, la conservación, el mantenimiento y la restauración a cargo del Estado y las comunidades. En consecuencia, se ordena al Gobierno Nacional ejercer la tutoría y representación legal de los derechos de los ríos (a través de la institución que el presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), en conjunto con las comunidades que habitan en las cuencas de los ríos Coello, Combeima y Cocora. De esta forma, los tres ríos y sus cuencas (en adelante) estarán cada

uno representado por un miembro de las comunidades y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes de los ríos, generando una extensa serie de órdenes colectivas donde participan instituciones públicas y privadas, académicas y sociales para la protección de los ríos y sus comunidades aledañas, con un fuerte seguimiento periódico al avance y cumplimiento de las mismas.

De igual forma, el Tribunal superior de Medellín, en Sentencia del 17 de junio de 2019, reconoce la importancia de la protección a las generaciones futuras y también reconoce al río Cauca, su cuenca y afluentes como entidad sujeto de derechos, bajo los mismos cuatro postulados previamente descritos de protección, conservación, mantenimiento y restauración. Todos a cargo del Estado, a quien se le reconoce la tutoría y representación legal de los derechos del río, vinculando a centros académicos, corporaciones regionales e instituciones públicas. La Sentencia reitera la protección a las personas y comunidades que habitan las cercanías del río, bajo los efectos *inter comunis*.

5. Perspectivas internacionales

Sin embargo, estas decisiones nacionales no son aisladas en el mundo

jurídico, por ejemplo, se vinculan con la protección prestada en Nueva Zelanda al río Whanganui, al cual se le otorgó personería jurídica, lo cual implica su reconocimiento como una unidad viva e indivisible (Te Awa Tupua en lenguaje maorí). También se le concedió el derecho a su existencia, a ser mantenido y a prosperar, junto con la obligación de que se le respeten todos sus elementos físicos y metafísicos.

Esta intrínseca relación entre las sentencias del río Whanganui y el río Atrato es expuesta por García y Varón (2018):

[...] en cuanto reconocen la íntima relación que existe entre ciertos ecosistemas y las comunidades que dependen estos, tanto física como espiritualmente, e imponen una serie de acciones semejantes para su protección, como otorgar derechos y designar guardianes legales comunitarios y gubernamentales que se apoyan en grupos asesores. (p. 310)

En India, como también lo expone Bagni (2018), se recuentan tres procesos de interés público relacionados al presente estudio: el caso N° 126 de 2014, con Sentencia del 20 de marzo de 2017, que extiende la protección jurídica de sujeto de derechos a los ríos Ganges y Yamuna. De igual forma, el caso N° 140 de 2015, con Sentencia del

30 de marzo de 2017, reconoce como sujetos de derechos a los glaciares, donde nacen los dos ríos anteriores, bajo una dimensión ecológica y con perspectiva de las generaciones futuras, dando un avance abismal. En el caso N° 043 de 2014, con Sentencia del 04 de julio de 2018, se reconoce la personalidad jurídica a todo el reino animal, garantizando la situación jurídica reconocida, en los otros casos.

En el contexto latinoamericano, debe considerarse, por ejemplo, la Ley 300 del 15 de octubre de 2012, por medio de la cual, en el Estado plurinacional de Bolivia, se establece una relación indivisible con la Madre Tierra y el buen vivir de las comunidades, generando ciertos fundamentos y derechos que garanticen la estabilidad de los diversos sistemas de vida.

Bonilla (2019), respecto a los sistemas de Ecuador y Bolivia, refiere:

La naturaleza es un ser vivo semejante a las personas naturales, y las dos son sujetos reconocidos jurídicamente. Ambos, además, están estrechamente ligados desde el punto de vista legal: los ciudadanos deberán actuar jurídicamente para proteger a la naturaleza. La naturaleza, por ende, es un sujeto de derechos análogo a las personas jurídicas, centrales en el derecho moderno, aunque a

diferencia de estas últimas no sea una creación humana.

En el caso boliviano, así la naturaleza no tenga el mismo tipo de reconocimiento constitucional que en el caso ecuatoriano, la argumentación es análoga. La constitución y la ley son las que construyen, mediante el discurso de los derechos, a este nuevo sujeto jurídico político. La naturaleza en las constituciones de Ecuador y Bolivia, por tanto, es un híbrido cultural, una construcción que surge como consecuencia del entrecruzamiento del conocimiento indígena y el saber jurídico moderno. No es un producto jurídico original.

El carácter culturalmente impuro de este constructo, sin embargo, no es su debilidad. Es allí, más bien, donde se localiza su poder emancipatorio político y epistemológico. Su hibridez le permite cuestionar la gramática del constitucionalismo moderno desde adentro y, al mismo tiempo, le permite nutrirse de una rica tradición jurídica y política que también hace parte de la historia de Ecuador y Bolivia. (pp.15 ss)

Para aclarar este punto, Acosta (2019) recuerda que:

Bolivia —en cuya Constitución no constan los Derechos de la na-

tural— asumió un importante liderazgo, al menos en el discurso internacional. A raíz del fracaso de la Cumbre de Copenhague en diciembre de 2009, el presidente Evo Morales convocó a la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, en Tikipaya cerca de Cochabamba, en abril de 2010. Allí, además de adoptar la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra (2010), se planteó crear un tribunal internacional que sancione los delitos ambientales. Luego, en julio del mismo año, Bolivia consiguió que se declare al agua como derecho humano fundamental en naciones Unidas; algo ya conseguido en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2007-2008. Tal declaración universal sobre el agua, aunque no es de obligatorio cumplimiento, puede servir como otro punto de referencia. (p.178)

Esto, como lo expone Santamaría (2018), puede presentar un reto en materia constitucional, pues el reconocimiento de la naturaleza trae consigo reformas en términos de derechos fundamentales. Al ser el Tribunal Constitucional el intérprete de la constitución, le surge una nueva tarea de delimitación y ampliación de los conceptos que, inicialmente, serían de naturaleza técnica, pero que resultan

ingresando al mundo jurídico, como lo relativo a la delimitación de sujetos beneficiarios, la biodiversidad, los entornos ambientales y la delimitación de las zonas o áreas protegidas, como es el caso específico de los páramos.

Este mismo debate se desarrolla, actualmente, en Perú respecto del río Marañón. Si bien el *quid* del asunto allí no es la delimitación de una zona de páramo, sí plantea un debate constitucional con relación a las reformas teóricas y sociales, en cuanto a la delimitación constitucional de la protección, así como de las herramientas implicadas para hacer válidas y exigibles las nuevas figuras jurídicas. Para el caso colombiano, el debate se puede centrar en otros enfoques, con pluralidad de aportes según se mire desde el lente del derecho que se quiera ver. ¿Qué influencia constitucional puede traer el reconocimiento de estas entidades?

A juicio de quien escribe, pueden ser por lo menos cuatro. El primer resultado será la proliferación de acciones que buscan proteger entornos naturales, lo cual inicialmente resulta en la conservación, el mantenimiento y la restauración del medio ambiente. El segundo será el desarrollo de controversias, como la que se lleva ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias —CIADI—, por Eco Gold Minerals, a razón de las actividades

extractivas en las zonas protegidas. El tercero será, como lo expone Eslava (2019), la consideración de la naturaleza como víctima del conflicto, y con ello la restructuración de procesos de restitución. Finalmente, el cuarto será la construcción de nuevos principios jurídicos, como los establecidos por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (2019): *In dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, como desarrollo del concepto sujeto de derechos.

De esta manera, se entreteje la relación estrecha entre la protección y la garantía del derecho al agua, con el mantenimiento y la conservación de los páramos como fuentes del recurso, tal como fue reconocido en India, en el caso enunciado previamente. Así, el derecho al agua, como categoría genérica, subsume la protección de los páramos incluyéndose, a su vez, en el supraconcepto de entidad sujeto de derechos. En este sentido, debe hacerse una revisión del papel estatal, en cuanto a la situación prestacional de este derecho.

tes a desarrollar los intereses de la comunidad y a fortalecer el bienestar general, mientras que el Ejecutivo busca potenciar las dinámicas económicas y de inversión. En este orden de ideas, se hace preciso notar que las Cortes y, en especial, el Tribunal Constitucional deben responder a la protección de los derechos. Es así como se manifiesta la confrontación, expuesta por Varun Gauri (s.f.), entre las perspectivas utilitarias y deontológicas, respectivamente.

En este sentido, la controversia entre tratar de garantizar el bienestar general, hacer uso y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizar el acceso al agua o delimitar una zona de protección de páramos, se debe, generalmente, a las propias dinámicas económicas que a través de los gobiernos se han ido consolidando, en las cuales cada vez son más recurrentes la aparición de dos figuras: 1. El inversionista extranjero, que aporta y desarrolla los planes de explotación, administración o aprovechamiento de los recursos y 2. El juez constitucional, que en atención al reclamo de las comunidades, es llamado para garantizar los derechos vulnerados.

Así se ha visto que, con las decisiones judiciales, se modifica el escenario de posibilidades que tiene el Legislativo para el desarrollo de las garantías de los derechos, ya bien por las órdenes

6. El papel del Estado

Con lo presentado hasta acá, se deja entrever una serie de tensiones tanto internas como internacionales respecto a las instituciones del Estado. Pues bien, por parte del Legislativo se despliegan los lineamientos tendien-

que expiden las cortes, por el costo de cumplimiento de las sentencias, por las prohibiciones que se emanan o por las implicaciones de la decisión. Así, se transforman las dinámicas de regulación, provisión y obligaciones, no solo para con los clientes, beneficiarios o ciudadanos, que resultan ser los principales afectados por la accesibilidad a los derechos, sino también con los proveedores o empresas. De esta forma, se puede generar entre el Legislativo y estas últimas, lo que Tienhaara (2017) ha denominado el enfriamiento regulatorio.

Este enfriamiento regulatorio manifiesta una de las tensiones más trascendentales entre el derecho interno y el derecho internacional y puede manifestarse de tres maneras diferentes:

1) *Enfriamiento interiorizado*. Es aquel que surge por el conocimiento del Estado frente al riesgo que se puede generar en una eventual reclamación por parte del inversor. En este sentido, el Estado por iniciativa propia, de manera preventiva y autónoma, se abstiene de generar cualquier clase de regulación que resulte perjudicial a sus intereses, lo cual, en un Estado constitucional, podría resultar perjudicial, pues el legislador terminaría generando políticas no bajo el objetivo de garantizar el bienestar social, sino bajo una fuerte motivación interna de evitar el enfrentamiento con el

inversor, lo que en múltiples ocasiones podría motivar su total silencio frente a algunos temas. Esta situación que tiene origen en la motivación interiorizada de los funcionarios del Estado es de difícil sustento, porque puede superarse, por ejemplo, argumentando la libertad de configuración legislativa o la inconveniencia de la materia.

2) *Enfriamiento por amenaza*. En esta situación, el inversor acude al sistema de arbitraje de diferencias entre inversor y Estado, con el propósito de inhibir la generación de disposiciones que modifiquen lo pactado inicialmente con el Estado y evitar la reforma de las cláusulas originarias. Generalmente, esto ocurre al alegar un trato justo y equitativo, buscando la revisión de las medidas específicas por parte del Estado, que ahora debe evitar toda conducta que favorezca las pretensiones del inversor ante el Tribunal y, por tanto, debe buscar fórmulas para evitar la sanción pecuniaria del Tribunal.

3) *Enfriamiento transfronterizo*. Se produce mediante el uso de un ejemplo de otro Estado, para disuadir al Estado-parte de intervenir en disputas con el inversor. Usualmente, por los altos costos de acceder al arbitraje de diferencias inversor-estado —ISDS—. Por tal razón, se evita cualquier circunstancia de regulación nacional, que pudiese ser fundamento para iniciar

los trámites de arbitraje. En este caso, la prosperidad de las pretensiones o la victoria en el tribunal no es lo que está en disputa, en sí mismo, sino es el desgaste, la publicidad y los costos, lo que termina, siendo fundamental para disuadir al Estado.

7. De los páramos

En Colombia, todo lo presentado hasta acá converge al tratarse el tema de los páramos, pues la Corte Constitucional, en una nueva decisión, avanza en la protección del medio ambiente, involucrándose en las tensiones anteriormente descritas, pues mediante sentencia T-361 de 2017 se generan una serie de ordenes complejas dirigidas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, dentro de las cuales se debe crear una nueva resolución para la delimitación del páramo en las jurisdicciones Santurbán-Berlín.

En esta perspectiva, se hizo necesaria la publicación de la Ley 1930 de 2018, en cuanto la enunciada situación de páramos no es la única en Colombia. Actualmente, existen resoluciones administrativas de delimitación de por lo menos otros ocho páramos⁴. En el país sí resulta de especial importancia el caso de Santurbán, no solo por la

extensión de sus terrenos, sino por los debates que se han generado con los inversionistas y las decisiones judiciales que ha desencadenado, como la Sentencia constitucional de 2017.

Esta Sentencia configura lo que puede denominarse sentencia estructural (Gutiérrez, 2018) bajo la fórmula fuerte-débil-fuerte: pues reconoce las complejas implicaciones del problema jurídico, genera una serie de órdenes que involucran el cumplimiento de diversas instituciones del Estado, requiriendo un estricto seguimiento a las mismas, en el marco de una revisión judicial. Según Dixon (2007), sin embargo, la última palabra respecto a las disposiciones jurídicas no va a ser generada en sede judicial, sino que esta decide trasladar la facultad regulatoria al Legislativo, para en que en ejercicio de sus funciones y bajo las pautas establecidas en la sentencia, se desarrollen los lineamientos respecto de la protección de los derechos.

Para el caso en concreto de la delimitación del páramo, se genera una controversia internacional⁵, dada por la demanda de Eco Gold Minerals, en el marco de inversiones Canadienses en las zonas afectadas por la decisión,

⁴ Al respecto revisar el compilado disponible en la Red por la Justicia Ambiental en Colombia.

⁵ En este sentido, cabe revisar de manera detallada y comparada el artículo académico "El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión"

toda vez que los contratos, permisos y licencias estaban concedidos en el marco de la Ley Aprobatoria del Tratado de Libre Comercio. Así, la decisión judicial en mención, resulta modificatoria de los parámetros iniciales de inversión, razón por la cual, por parte del inversionista se activan los mecanismos del ISDS (Sistema de disputas entre inversor y Estado), con el fin de ejecutar un enfriamiento por amenaza al Estado colombiano.

Sin embargo, el centro de la controversia se suscita en el hecho del seguimiento de la sentencia, pues, al ser una decisión protectora de los derechos involucrados, la Corte mantiene su facultad de verificación del remedio proferido. Sentencia que, por su propia naturaleza, resulta innegociable. Por esta razón, la facultad de acción en el arbitraje de diferencias inversor-Estado –ISDS– se limita a lo que se expida por el Ejecutivo o Legislativo en el marco de las pautas judiciales.

Así, como concluye el profesor Roach (2015), una de las adecuaciones más apropiadas para la protección de los derechos sociales, por parte del Estado, es evitar colocar en riesgo la eficacia de los mismos. Sin embargo, para el caso colombiano, según el Investment Policy Hub de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo –UNCTAD–, los más de trece casos activos ante el sistema de

inversiones denotan una gestión que no es propiamente preventiva respecto al riesgo probable de derechos.

De esta manera, se manifiesta el punto respecto a la sostenibilidad fiscal, que se deriva de las controversias surgidas por la protección de derechos. Para este caso, resulta ser de doble naturaleza, pues se contraponen las posibilidades prestacionales de los derechos de los ciudadanos al medio ambiente y a un entorno saludable, mediante la protección de los cuerpos paramunos acorde con la sentencia, y también se genera una carga económica en el monto elevado de las pretensiones expuestas en la reclamación del inversionista.

En este sentido, resulta pertinente el aporte de Tulcán (2016) al identificar que el impacto fiscal ha dejado de ser únicamente un criterio orientador de la actividad del poder público y se ha sobrepuesto incluso a los fines del Estado y, por consecuencia, a la protección de los derechos económicos y sociales.

8. Conclusiones

De esta forma, se muestra que los litigios ambientales se desarrollan tanto en niveles nacionales como regionales, en el marco de los sistemas de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, también es posible que sean elevados a nivel internacional, como es el caso resuelto por la Corte Internacional de Justicia, en 2010, respecto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay.

Por tal razón, la conceptualización de “entidad sujeto de derechos” incluye la protección y el mantenimiento de una pluralidad de elementos naturales, dentro de los cuales se considera el agua. Así, el derecho al agua, a su vez, implica una protección subjetiva de garantía en el consumo, para lo cual debe garantizarse, a juicio de quien escribe, la protección de los cuerpos de páramo como fuente del recurso hídrico. De esta forma, la garantía real de la protección al derecho al agua y a la conservación de los páramos, como manifestación de la entidad sujeto de derechos, trae consigo un alto costo prestacional, por las facetas que incluye y por las implicaciones que tiene con los intervinientes en el proceso (Estado, terceros como administradores, inversionistas, intermediarios y usuarios), no solo en términos de logística, sino en el marco de las relaciones de inversión.

Así, puede determinarse que los efectos de la conceptualización desarrollada en este escrito se dan bajo dos implicaciones: i) sustancial, en tanto deben generarse y adecuarse principios generales del derecho en

diferentes áreas conceptuales, y ii) procesales, entendiendo la creación de un nuevo sujeto procesal, así como de las titulares responsables del mismo. Esto, para reconocer los cambios complejos que deben generarse en las actuaciones judiciales y en los mecanismos de protección pertinentes.

Estas actuaciones también se dan en dos niveles: nacional e internacional. Para el primer caso, debe hacerse un cambio de perspectiva desde el legislador, el operador jurídico y el académico, sobre la protección que debe brindarse al medio ambiente y, sobre todo, la adecuación constitucional y convencional que debe proyectarse sobre el tema. En el segundo caso, es decir, en el ámbito internacional, se debe atender la defensa no solo ante escenarios de protección de derechos humanos, sino contar con las herramientas jurídicas necesarias en los litigios financieros y de inversión, en los cuales es necesario ser conscientes que en estos entornos se contraponen intereses económicos frente a motivos proteccionistas del medio ambiente.

Así, las diversas instituciones del poder: el Ejecutivo al negociar los términos de los tratados internacionales, el Legislativo, al proferir la regulación nacional y el Judicial, al expresar sus decisiones, deberían considerar las posibles controversias que se puedan generar frente a la protección de los

derechos y las implicaciones prestacionales necesarias para asegurar la eficacia de los mismos.

De esta forma, a propósito del avance que ha tenido la Corte en materia de protección al medio ambiente, las controversias internacionales suscitadas bajo el arbitraje de diferencias inversor-estado—ISDS—y las implicaciones fiscales que, eventualmente, puedan surgir a raíz de las decisiones judiciales, resulta pertinente la propuesta de Landau (2012). Landau sugiere que, para proteger los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales y, para el caso, en concreto, sobre la garantía del derecho al agua y la protección de los páramos, sería útil la implementación de una institución sustituta, independiente, de carácter mixto (público y privado), conformada por diversos actores sociales, profesionales, ambientales, económicos, asesores y demás personal necesario para hacer el estudio preventivo y garantista a los derechos protegidos mediante las políticas, los planes y estrategias de protección.

Lo anterior, como una mirada compleja que no puede dejar de lado la previsión del impacto fiscal y los interés de los inversionistas, a fin de hacer no solo el seguimiento y cumplimiento a las sentencias, sino de lograr un desarrollo estructurado, integral y preventivo que permita cumplir con

los fines del Estado, con la protección de los individuos y con el cumplimiento de los parámetros internacionales, no solo en materia de protección del medio ambiente, sino en perspectiva de los derechos humanos y de todos los involucrados en las dinámicas de protección del agua y los páramos, pues como se ha visto, se afecta el elemento natural, las poblaciones de los territorios, las dinámicas sociales, económicas, judiciales y procesales de las generaciones presentes y futuras que habitamos esta casa común.

Referencias

- Acosta, A. (2019). “Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza”. En Estupiñán, L. et al (Eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. pp.155-206. Bogotá: Universidad Libre.
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (15 de octubre de 2012). Ley N° 300. Disponible en: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/FAO-countries/Bolivia/docs/Ley_300.pdf
- Bagni, S. (2018). Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia Colombiana e Indiana. *Revista Jurídica Derecho*. (7). pp.33-53. La Paz. ISSN 2413-2810 Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200003

- Bernal, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 99-140.
- Bonilla Maldonado, D. (2019) El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia. (42). pp. 3-23. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329161369_El_constitucionalismo_radical_ambiental_y_la_diversidad_cultural_en_America_Latina_Los_derechos_de_la_naturaleza_y_el_buen_vivir_en_Ecuador_y_Bolivia
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Informe anual 2015. Capítulo IV. A Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/Informe-Anual2015-cap4A-agua-ES.pdf>
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). Sentencia: 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP). Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección B. Disponible en: <http://consejo-de-estado.gov.co/documentos/sentencias/25307333170120100021701.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Auto 050, sobre los expedientes T-6980588 y T-7041100. Magistrado sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a050-19.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-23/17. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Corte Internacional de Justicia. (20 de abril de 2010). Sentencia sobre el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay. Argentina contra Uruguay. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/135>
- Corte Suprema de Justicia Argentina. (11 de julio de 2019). Caso Majul, Julio Jesús contra Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros. Acción de amparo ambiental. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-35126-Proteccion-de-los-humedales-en-un-fallo-de-la-Corte.html>
- Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *Oxford University Press*, 1.5(3) pp. 391-418.
- Eslava, G. (2019). Naturaleza: ¿Víctima del conflicto? Disponible en: <https://www.dejusticia.org/naturaleza-victima-del-conflicto/>
- García, A. y Varón, D. (2018) La sentencia del río Atrato: un paso más allá de la

- Constitución verde. En Orduz, Natalia (Coord). *La Corte Ambiental Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales*. ISBN: 978-958-56503-1-2. Bogotá: Fundación Heinrich Böll. Disponible en: https://co.boell.org/sites/default/files/la_corte_ambiental_version_web.pdf
- Gauri, V. (s.f.). *Introduction: The elements of legalization and the triangular Shape of social and economic rights*.
- Guzmán, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. (24) Valparaíso. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400007#
- Gutiérrez, A. (2018). El amparo estructural de los derechos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Landau, D. (2012). The reality of social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*. 53(1).
- López Vargas, S.L., Hernández Albarracín, J.D. y Méndez Castillo C.S. (2019). Desarrollo jurisprudencial de la protección ambiental en Colombia: Aportes desde la perspectiva neo-constitucionalista. *Opera* (24) pp.49-65. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/5858/7395>
- Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC–. (2019). Delitos contra el medio ambiente. Disponible en: <http://observatoriojurisprudencia.unodc.org.co/delitos-ambientales/>
- Organización Internacional de Policía Criminal –INTERPOL–. (2019). Delitos Contra el medio ambiente. Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente>
- Roach, K. (2015). Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *South African Law Journal*.
- Santamaría, A. (2018). “Un cambio de paradigma constitucional a través de la diversidad natural y cultural.” En Padrón, Floralba y Correa, Magdalena (Eds) *¿El Estado Constitucional en Jaque?* (pp.227-240) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tienhaara, K. (2017). Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law*, 7(2) pp.229-250. Cambridge University Press. Disponible en: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/C1I03F92D8A9386D33679A649FE-F7C84/S2047102517000309a.pdf/regulatory_chill_in_a_warming_world_the_threat_to_climate_policy_posed_by_investorstate_dispute_settlement.pdf
- Tribunal Administrativo de Boyacá. (09 de agosto de 2018). Sentencia con

expediente: 15238 3333 002 2018 00016 01. Ministerio de Medio Ambiente y otros. Disponible en: <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2018/08/fallo-pisba.pdf>

Tribunal Administrativo del Tolima. (30 de mayo de 2019). Sentencia sobre el expediente 73001-23-00-000-2011-00611-00. Ministerio de Medio Ambiente. Disponible en: <https://caracol.com.co/descargables/2019/06/07/06ec779e-7d3a09cfa2ae99df48d66ff1.pdf>

Tribunal Superior de Medellín. (17 de junio de 2019). Sentencia sobre el radicado

05001 31 03 004 2019 00071 01. Sala cuarta Civil: Ministerio de Ambiente, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. y otros. Disponible en: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2019/06/Fallo-Rio-Cauca-1.pdf&hl=es>

Tulcán, M. (2016). Sostenibilidad fiscal restricción de los derechos fundamentales en su faceta prestacional. Análisis a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de salud, pensión y reparación de víctimas. (Tesis de Maestría) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.