



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 680

Bogotá, D. C., viernes, 2 de agosto de 2019

EDICIÓN DE 36 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 09 DE 2019 SENADO

por medio del cual se crea el Servicio Social para la Paz y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2019

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Radicación de proyecto de Acto Legislativo número 09 de 2019 Senado, por medio del cual se crea el Servicio Social para la Paz y se dictan otras disposiciones.

Respetado Secretario General:

En nuestra calidad de congresistas de la República y en uso de las atribuciones que nos han sido conferidas constitucional y legalmente, nos permitimos respetuosamente radicar el proyecto de Acto Legislativo de la referencia y, en consecuencia, le solicitamos se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Cordialmente,

IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde

GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia

ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

ALBERTO CASTILLA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia

JULIÁN GALLO CUBILLOS
Senador de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

CRISELDA LOBO
Senadora de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

LUIS ALBERTO ALBÁN
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

OMAR RESTREPO
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia

PABLO CATATUMBO TORRES VICTORIA
Senador de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

VICTORIA SANDINO SIMANCA HERRERA
Senadora de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

CARLOS CARREÑO
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

JAIRO CALA
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 09 DE 2019 SENADO

por medio del cual se crea el Servicio Social para la Paz y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 22 de la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

Artículo 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

En desarrollo de este deber, los colombianos y colombianas están obligados a prestar un servicio social para promover la construcción de paz, promover los Derechos Humanos y la profundización de la democracia, en acciones relacionadas con servicios sociales y culturales, educativos, sanitarios, conservación del ambiente y protección del medio rural.

La ley reglamentará las formas y los procedimientos para la prestación de este servicio social para la paz. Asimismo, determinará las prerrogativas para su prestación y las condiciones que, en todo tiempo, eximen de la prestación de este servicio. No dependerá orgánicamente de las instituciones militares y la prestación de este servicio social para la paz será equivalente al servicio militar (para todo efecto legal).

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia, el cual quedará así:

Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada, en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

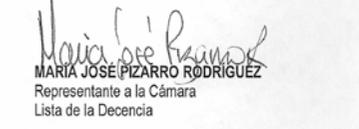
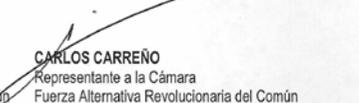
Los colombianos podrán tomar las armas cuando las necesidades públicas lo requieran para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La ley determinará los casos en que, debido a guerra exterior, sea necesario hacer un llamado general a tomar las armas. En todo caso se reconocerá el derecho fundamental de objeción de conciencia y se determinarán las condiciones que en todo tiempo eximan de atender este llamado.

Artículo 3°. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Por los honorables congresistas,

Por los honorables congresistas,

 IVÁN CEPEDA CASTRO Senador de la República Polo Democrático Alternativo	 ALEXANDER LÓPEZ MAYA Senador de la República Polo Democrático Alternativo
 ANTONIO SANGUINO PÁEZ Senador de la República Alianza Verde	 ALBERTO CASTILLA Senador de la República Polo Democrático Alternativo
 GUSTAVO BOLÍVAR MORENO Senador de la República Lista de la Decencia	 MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ Representante a la Cámara Lista de la Decencia
 JULIÁN GALLO CABILLOS Senador de la República Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común	 PABLO CATATUMBO TORRES VICTORIA Senador de la República Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
 CRISELDA LOBO Senadora de la República Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común	 VICTORIA SANDINO SIMANCA HERRERA Senadora de la República Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
 LUIS ALBERTO ALBÁN Representante a la Cámara Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común	 CARLOS CARREÑO Representante a la Cámara Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
 OMAR RESTREPO Representante a la Cámara Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común	 JAIRO CALA Representante a la Cámara Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
 AIDA AVELLA ESQUIVEL Senadora de la República Lista de la Decencia	 FELICIANO VALENCIA MEDINA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Esta medida legislativa recoge, en su mayoría, el articulado y la exposición de motivos de la iniciativa contenida en el

proyecto de Acto Legislativo número 096 de 2015 Cámara, de autoría de los honorables Senadores Antonio Navarro Wolff, Claudia López, Doris Vega, Efraín José Cepeda Sarabia, Hernán Francisco Andrade Serrano, Horacio Serpa Uribe, Iván Cepeda Castro, Jesús Alberto Castilla Salazar, Juan Manuel Galán Pachón, Luis Evelis Andrade Casamá, Maritza Martínez Aristizábal, Roy Leonardo Barreras Montealegre y los honorables Representantes a la Cámara Fabio Raúl Amín Saleme, Jhon Jairo Cárdenas Morán, Germán Bernardo Carlosama López, Víctor Javier Correa Vélez, Harry Giovanni González García, Óscar de Jesús Hurtado Pérez, Juan Carlos Lozada Vargas, Norbey Marulanda Muñoz, Óscar Ospina Quintero, Hernán Penagos Giraldo, Ángela María Robledo Gómez, Clara Leticia Rojas González y Alirio Uribe Muñoz, así como del Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2018 Senado, que tuvo en consideración lo expuesto en la iniciativa legislativa antes relacionada, de autoría de los Senadores Alexander López Maya, Alberto Castilla Salazar, Gustavo Francisco Petro Urrego, Feliciano Valencia Medina, Gustavo Bolívar Moreno, Victoria Sandino Simanca, Julián Gallo, Antonio Sanguino Páez, Iván Cepeda Castro y Griselda Lobo Silva, así como de los Representantes Ángela María Robledo, María José Pizarro, Ómar Restrepo, León Fredy Muñoz, David Racero, Luis Alberto Albán, Jhon Jairo Cárdenas y otros. Ambas iniciativas fueron archivadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 224 y 225 de la Ley 5ª de 1992.

A esta iniciativa, además, le fueron incorporadas propuestas del articulado contenido en el Proyecto de Acto Legislativo número 07 de 2018 Senado, por el cual se elimina el servicio militar obligatorio y se implementa el servicio social y ambiental y se dictan otras disposiciones, de autoría del Senador Antonio Sanguino Páez y los demás integrantes de la Bancada del Partido Alianza Verde, Angélica Lozano Correa, Antanas Mockus, Jorge Londoño, José Polo, Iván Marulanda, Juan Castro, Iván Name, Sandra Ortiz Lalinde, César Zorro, Inti Raúl Asprilla, Wilmer Leal Pérez, Juanita Goebertus Estrada, Mauricio Andrés Toro Orjuela, Neyla Ruiz Correa y León Fredy Muñoz Lopera, que también fue archivado, de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 5ª de 1992.

Durante décadas, la guerra ha obligado a los jóvenes a involucrarse directa o indirectamente en ella. Se calcula que el conflicto armado ha dejado cerca de 220.000 personas asesinadas, 27.023 secuestradas, 5,7 millones de desplazados, entre una larga lista de violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos¹. Estas violaciones y sus impactos han afectado directamente a los jóvenes, muchos de los cuales han encontrado en la guerra su única opción. Es por ello que el Estado colombiano y la sociedad deben emprender transformaciones que permitan avanzar en el cierre del ciclo de violencia y que le apuesten a la construcción de paz de manera participativa e incluyente, principalmente con aquellas poblaciones que han sufrido con rigor los impactos del conflicto.

En este contexto, la juventud es una población fundamental que aportaría en la construcción de la paz, no solo desde las armas, sino desde múltiples formas en los territorios con las comunidades rurales y urbanas. Para ello, se deben implementar mecanismos que garanticen la participación activa y efectiva de los jóvenes en la terminación del conflicto interno y en la consolidación de la paz estable y duradera. Esta propuesta fue construida, inicialmente, en consonancia con los propósitos gubernamentales expresados por el entonces presidente de la República, **Juan Manuel Santos Calderón**, quien manifestó públicamente que en su gobierno permitiría que los jóvenes pudieran cumplir con sus deberes ciudadanos

¹ Centro Nacional de Memoria Histórica, ¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, Bogotá, 2013.

con opciones distintas a la del servicio militar². Ahora, en el escenario tras la firma del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, suscrito entre el Gobierno nacional y la desaparecida guerrilla de las FARC, el 24 de noviembre de 2016, y con el propósito de la construcción y consolidación de la paz total y definitiva para el país, es imprescindible permitirle a la juventud encontrar salidas distintas a la guerra como una forma de acceder al ejercicio y a la garantía de sus derechos, generando espacios idóneos de participación política social y cultural.

En tal sentido, y en aras de vincularlos de manera más activa en la construcción de paz se hace necesario realizar ajustes a la legislación actual que permitan ampliar las posibilidades para que puedan tomar parte en los asuntos más trascendentales del país, alternos a defender las instituciones mediante el servicio militar. Con ese fin, este Proyecto de Acto Legislativo propone que los jóvenes sean partícipes en la construcción y consolidación de la paz, mediante un Servicio Social para la Paz que les permita aportar en diversos ámbitos de la vida política, social, ambiental y cultural del país.

1. Objetivo del proyecto de Acto Legislativo

El Proyecto de Acto Legislativo que se presenta a consideración del honorable Congreso de la República tiene como finalidad crear un servicio social para la paz. El artículo 22 de la Constitución Política, cuya modificación se propone, contempla actualmente que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. En desarrollo de este postulado, se plantea la creación de un servicio de carácter social que materialice este derecho/deber, ofreciendo a los jóvenes la posibilidad de participar activamente en la construcción de paz, el fortalecimiento de la democracia y la vigencia de los Derechos Humanos en Colombia.

La Corte Constitucional ha entendido que la paz es un principio, un derecho y un deber. Asimismo, ha reconocido que la paz ocupa un lugar “principalísimo” en el orden de valores protegidos por la carta³, que es un derecho colectivo fundado en el derecho internacional como derecho de toda la humanidad y que es un derecho subjetivo fundamental de todos los individuos⁴. Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha asegurado que a los ciudadanos nos corresponde, como deber jurídico correlativo, la búsqueda de la paz social⁵. Como se observa, la paz tiene diversas comprensiones en nuestro ordenamiento jurídico y, en tal sentido, la Corte ha afirmado su carácter multifacético:

“Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama, a su vez, un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los Derechos Humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último

de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales⁶”.

Asimismo, la Constitución Política, en su artículo 1°, reconoce la solidaridad como base de nuestro ordenamiento y, en el artículo 2°, la efectividad de los derechos y deberes constitucionales y la promoción de la participación de todos en las decisiones que nos afectan como fines esenciales del Estado. Más adelante, en el artículo 95 superior, se consagran los deberes que todos tenemos como ciudadanos, entre los que se incluyen los siguientes: obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; defender y difundir los Derechos Humanos como fundamento de la convivencia pacífica; participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; propender al logro y mantenimiento de la paz; proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano, entre otros.

Con el objetivo de materializar estas obligaciones y deberes, se propone adicionar un inciso al artículo 22 de la Constitución Política que enmarque el deber de prestar un servicio social en el principio de la paz, que, de una parte, garantice su construcción y mantenimiento, y de otra, permita a los ciudadanos cumplir con los diversos deberes que les impone la Constitución.

En la actualidad existen una serie de servicios sociales que los jóvenes deben prestar en desarrollo de sus deberes como estudiantes en la educación media, así como en la educación superior, según la vocación profesional que hayan elegido⁷. Sin embargo, estos servicios no están unificados a nivel normativo. Adicionalmente, algunos de estos servicios pueden representar una carga para los jóvenes en lugar de una oportunidad para participar activamente en asuntos que son de su interés y que pueden contribuir a la construcción de la paz, la democracia o la garantía de los Derechos Humanos.

Por otro lado, los jóvenes (masculinos) están en la obligación de prestar el servicio militar con el objetivo de defender la soberanía y las instituciones. Aunque esta obligación tiene rango constitucional, derivada del artículo 216 de la C. P., la Corte Constitucional ha expresado que este es un deber relativo⁸. Es así como la Corte Constitucional ha intervenido para proteger derechos fundamentales que se han visto vulnerados en desarrollo del reclutamiento de los jóvenes para la prestación del servicio militar⁹, contenido en la Ley 48 de 1993, como cuando se presentan detenciones arbitrarias con fines de reclutamiento, redadas con fines de reclutamiento y otras violaciones al debido proceso en casos de reclutamiento.

⁶ *Ibid.*

⁷ El Decreto número 1860 de 1994 en su artículo 39 establece el servicio social estudiantil obligatorio. A nivel de educación superior, la Ley 7559 de 1995, en su artículo 2°, establece la obligatoriedad del servicio social para los profesionales de la salud. De igual manera, los artículos 149 al 158 de la Ley 446 de 1998 contienen el servicio legal obligatorio. Finalmente, la Ley 720 de 2001 y el Decreto número 4290 de 2005 que la reglamenta, regulan la acción voluntaria.

⁸ Respecto de este asunto se pronunció la Corte Constitucional en numerosas sentencias durante la década del 90, generando una línea jurisprudencial que fue recogida en las sentencias C-728 del 2009 y T-603 del 2012.

⁹ La Corte Constitucional en la sentencia C-879 de 2011 declaró las denominadas ‘batidas’ como ilegales, pronunciamiento que ratificó en la sentencia T-455 del 2014.

² <http://www.elspectador.com/noticias/paz/una-vez-se-firme-paz-farc-se-elimina-el-servicio-militar-articulo-496325>

³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, M. P.: Manuel José Cepeda *et al.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

De igual forma, ha protegido los derechos de personas que por ley están exentas de prestar el servicio militar o están incursos en las causales de aplazamiento y aun así han sido obligadas a prestar el servicio¹⁰. Incluso, ha intervenido para proteger derechos fundamentales que pueden verse vulnerados por la obligatoriedad misma del servicio, como es el derecho a la objeción de conciencia¹¹.

Lo anterior demuestra la necesidad de presentar una propuesta para la juventud, coherente y organizada, que recoja en un solo marco jurídico, de rango constitucional, la propuesta de un servicio social que ofrezca a los jóvenes alternativas distintas a la de las armas y que además les permita ser partícipes de la construcción de paz en distintos escenarios sociales, políticos, culturales y de protección del medio ambiente. En tal sentido, este proyecto de Acto Legislativo propone la creación de un servicio que brinde a los jóvenes opciones diversas para cumplir con sus deberes ciudadanos, mediante acciones y dinámicas en los territorios que incentiven y propendan a una cultura de paz, basada en el respeto y garantía de los Derechos Humanos y como soporte para la ampliación y fortalecimiento de la democracia y del Estado Social de Derecho.

2. ¿Por qué es necesario crear un Servicio Social para la Paz?

La creación de un servicio social para la paz, con rango constitucional, se justifica al menos por dos razones: la primera de ellas consiste en la necesidad de crear un nuevo marco normativo que, mediante propuestas para la juventud, contribuya a la construcción de una cultura de paz basada en el respeto y garantía de los Derechos Humanos y en el fortalecimiento del Estado social de derecho. La segunda está relacionada con la necesidad de ampliar la participación juvenil y diversificar las opciones para que los jóvenes cumplan con sus deberes ciudadanos, armonizando y dando coherencia a los servicios sociales actualmente existentes. A continuación se exponen en detalle estos dos argumentos:

2.1 Contribuir a la construcción de una cultura de paz basada en el respeto y garantía de los Derechos Humanos y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho

El conflicto armado en Colombia ha dejado por lo menos ocho millones de víctimas. El Centro Nacional de Memoria Histórica ha documentado la impronta social traumática que ha dejado el conflicto social y armado, la cual explica el miedo

y el clima de terror que aún se encuentra latente en muchas comunidades que fueron víctimas de violaciones de Derechos Humanos y a los impactos emocionales y psicológicos que ha provocado la violencia.

El Centro Nacional de Memoria Histórica ha documentado los daños que causa la guerra en los niños, niñas, adolescentes y jóvenes. En tal sentido, en los ejercicios de memoria realizados por dicha institución se han documentado casos de jóvenes entre los 18 y los 25 años que vivieron experiencias de violencia en la niñez. Así lo relata el Informe “¡Basta Ya! Memorias de Guerra y Dignidad”, en el cual “*Los jóvenes describen escenas dantescas, el suplicio de los cuerpos, el olor de la sangre, y que han quedado inscritas en su memoria, atormentándolos en los sueños y alterando su capacidad de atención, concentración, memoria y aprendizaje. Estas experiencias lesionaron las bases de confianza y de protección que requerían para su desarrollo personal*”¹². Este informe también asegura que la presencia y el control de los actores armados en las comunidades transforma la vida cotidiana de los niños y adolescentes, afectando sus relaciones familiares y sus espacios de vida. Incluso, el informe afirma que los jóvenes son el grupo con más presencia en la guerra. Así lo indica el informe “*los jóvenes constituyen la población mayoritaria en las filas de todos los actores armados, por lo cual han sido una población particularmente estigmatizada. Por ser señalados como guerrilleros o informantes, se han enfrentado de manera constante a la persecución, la amenaza y el miedo. Por cuenta de esta circunstancia, ellos y ellas han sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales y de la llamada limpieza social*”¹³ (negrilla fuera del texto original). El informe concluye que no fue posible establecer los efectos concretos que la violencia experimentada por niños, niñas y jóvenes puedan tener en la vida adulta, pero sí asegura que los daños provocados por las violaciones de los Derechos Humanos destruyen sus “*referentes y expectativas de vida*” e impactan en la construcción de la identidad y de su proyecto de vida¹⁴.

Debido a esos impactos documentados, es imperioso que brindemos opciones distintas al ejercicio de la violencia y el uso de las armas para aquellos que ya han experimentado la guerra. Sacar a los jóvenes de la guerra resulta una prioridad, si lo que se pretende es construir escenarios de paz y forjar cambios hacia horizontes democráticos. Con base en su informe, el Centro Nacional de Memoria Histórica incluso recomienda explícitamente al Gobierno nacional la creación de un servicio civil alternativo al militar:

“19. Se recomienda al Gobierno nacional la creación de un servicio civil alternativo al servicio militar obligatorio que permita que los jóvenes se vinculen a programas de promoción de los Derechos Humanos y de reparación efectiva a las víctimas”¹⁵ (subrayado fuera del texto).

En estas mismas recomendaciones –particularmente en las que el informe denomina como recomendaciones para la construcción de paz– se invita al Gobierno nacional y al Congreso de la República, encargado de darle trámite a este acto legislativo a revisar y hacer las reformas normativas e institucionales necesarias, en concordancia con los propósitos de paz, democracia, inclusión social y la vigencia del Estado Social de Derecho, atendiendo de manera especial el enfoque diferencial que se impone en temas de género, etnia, edad,

¹⁰ Véanse las siguientes sentencias: sentencia C-755 del 2008 y T-388 del 2010 (hijos únicos, los casados que hagan vida conyugal), T-667 del 2012 (unión marital de hecho), T-568 de 1998 y C-478 de 1999 (estudiantes en centros de preparación para la vida religiosa-seminaristas), T-626 del 2013 (estudiante de bachillerato mayor de edad), C-1409 de 2000, C-456 del 2002 (estudiantes de educación superior), T-774 del 2013 (estudiantes de educación superior, técnica, tecnológica, complementaria o similar), Ley 1448 de 2011 artículo 140, sentencias T-372 del 2010, T-291 del 2011, T-579 del 2012, T-414 del 2014 (exención a víctimas de la guerra).

¹¹ La sentencia C-728 del 2009 reconoce la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio como un derecho fundamental. La sentencia T-018 del 2012 ordena al Ministerio de Defensa la difusión del derecho a la libertad de conciencia y objeción de conciencia. La sentencia T-314 del 2014 previene al Ejército Nacional para que no vuelva a desconocer el derecho a la objeción de conciencia. Recientemente, la sentencia T-455 de 2014 ordena un listado de acciones para el respeto y difusión del derecho por parte de la dirección de reclutamiento e insiste en la ilegalidad de las detenciones arbitrarias.

¹² Centro Nacional de Memoria Histórica, ¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, Bogotá, 2013, página 314.

¹³ *Ibid.*, página 321.

¹⁴ *Ibid.*, página 321.

¹⁵ *Ibid.*, página 401.

discapacidad, etc.¹⁶”. (Subrayado fuera del texto). Dentro de los temas que, en criterio del Centro Nacional de Memoria Histórica, deberían ser revisados, se encuentran la promoción y el fortalecimiento de la participación ciudadana, siendo este tema uno de los que esta reforma constitucional pretende impulsar, mediante opciones de servicio social para los jóvenes.

Esta iniciativa de reforma constitucional pretende no solamente abrirles espacios de participación a los jóvenes, quienes demandan opciones para vincularse directamente con las apuestas sociales, políticas y culturales del país, sino en recomendaciones de las propias instituciones del Estado, fundadas en el contexto colombiano, marcado por la guerra y por la necesidad de transitar hacia un escenario de construcción de paz total y definitiva. Para alcanzar este propósito es necesario que quienes han sufrido con rigor los efectos del conflicto social y armado, como es el caso de niños, adolescentes y jóvenes, tengan opciones distintas a la prestación del servicio militar, y que, en general, la juventud pueda cumplir con sus deberes ciudadanos en contextos no militarizados. Es importante que se les brinden opciones a los jóvenes de los sectores populares distintas a la guerra¹⁷, en lugar de priorizar un modelo que profundice en la apuesta militar para la juventud.

La apuesta por la guerra consignada desde el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 que permite que el Estado colombiano envíe a los jóvenes a guerras externas¹⁸, retomada en el actual Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, donde se establece que el Ministerio de Defensa en conjunto con la Fuerza Pública fortalecerá “la rigurosidad de los procesos de selección, méritos y reconocimientos para la prestación del servicio militar, de tal forma que se estimule la incorporación de los mejores jóvenes”¹⁹ y así mismo “elaborará los lineamientos para desarrollar las capacidades estratégicas necesarias para participar en misiones internacionales, buscando capitalizar las oportunidades que ofrecen estos espacios, para alcanzar un mejor desempeño en áreas operacionales, doctrinales y de cooperación como desarrollo de la Política Exterior de Colombia”²⁰, disposiciones que no resultan coherentes con el

proceso de implementación de los acuerdos de paz y con el tránsito hacia el posconflicto social, contradiciendo, además, las recomendaciones hechas por las entidades del Estado y los anuncios que sobre este tema había hecho el Presidente de la República.

Bajo el escenario actual, tras la firma del *Acuerdo Final* y con la imperiosa necesidad de consolidar la paz total y definitiva del país, es aún más necesario y apremiante que los jóvenes tengan una opción de servicio para el Estado distinta a la de las armas y que le permita, además, ser partícipes de procesos de paz y de reconciliación para el país y desde el territorio.

2.2 Ampliación de la participación juvenil en la construcción de paz, democracia y Derechos Humanos

La participación es una parte fundamental de la actividad ciudadana y una herramienta para la resolución concertada de los conflictos sociales. Los jóvenes actualmente promueven diversas formas de participación en la vida política, social y cultural del país mediante manifestaciones artísticas, propuestas organizativas comunitarias, barriales, de defensa del ambiente y de los Derechos Humanos, entre otras propuestas impulsadas como una apuesta de construcción de escenarios que contribuyan a tramitar los conflictos de manera democrática.

Las anteriores razones hacen imperioso dar un respaldo jurídico a las apuestas que los jóvenes están impulsando en distintos escenarios a lo largo del país, quienes demandan no solo espacios de participación y reconocimiento sino, además, la apertura de posibilidades y espacios formales para contribuir con sus deberes ciudadanos. Como se explicó en líneas precedentes, los jóvenes actualmente deben prestar diversos servicios, entre los cuales se encuentra el servicio militar obligatorio para los hombres y el servicio social para los estudiantes de educación media y superior, en algunos casos. No todos los jóvenes consideran estos dos servicios como atractivos, de cara a sus intereses, por lo que el Estado está en el deber de ampliar las opciones para que la juventud participe en la construcción de lo público, de diversas maneras.

Si bien es cierto que hay jóvenes que tienen vocación para la prestación del servicio militar, no lo es menos que otros no tienen esa apuesta en su proyecto de vida, sin que ello signifique que no quieren prestar otro tipo de servicio a la comunidad con características sociales y civiles diversas. Por convicciones éticas, morales, religiosas o políticas, entre otras, hay jóvenes que no desean tomar las armas, siendo esta una opción aceptada en el ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con el derecho fundamental de objeción de conciencia²¹. En efecto, el servicio militar obligatorio en Colombia tiene actualmente restricciones, derivadas de la ley y de desarrollos jurisprudenciales, que van encaminadas hacia la protección de derechos fundamentales frente a este deber, el que, en algunos casos, puede ser desproporcionado y excesivo. Es así como la Corte Constitucional ha protegido el derecho a objetar la prestación de este servicio, lo que constituye un reconocimiento implícito sobre la necesidad de reevaluar la obligatoriedad del mismo, de manera que quienes decidan prestarlo sean aquellos que, por sus convicciones, deseen hacerlo. Por ello, proponemos brindarles alternativas distintas a los jóvenes que, por diversas razones, no deseen tomar las armas.

Revisando la experiencia internacional, vemos cómo cerca de 43 países en el mundo han optado por transformar el

¹⁶ *Ibid.*, página 402.

¹⁷ Y usted, ¿Prestaría a sus hijos para la guerra? Campaña Presidencial Juan Manuel Santos 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=gpTUF7AvVU0>.

¹⁸ La Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en su artículo 126, denominado: “Acuerdos de Cooperación para Misiones Internacionales y Operaciones de Paz”, dispone que “El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Defensa Nacional, en el marco del proceso de modernización de la Fuerza Pública, promoverá la celebración de acuerdos de cooperación internacional que permitan prestar y recibir asesoría, envío de personal y transferencia de equipos a otros países con el objeto de intercambiar experiencias, entrenamiento y capacitación, así como para la participación en misiones internacionales u operaciones de paz (¿). Este artículo, actualmente vigente, no solo justifica un alto gasto público en guerra sino el sostenimiento de una alta tasa de reclutamiento militar.

¹⁹ Texto Definitivo Plenaria Cámara Bases y Plan Plurianual Al Proyecto de ley número 311 de 2019 Cámara, 227 de 2019 Senado, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, Objetivo 10. Gestión y transformación del sector de la defensa.

²⁰ Texto Definitivo Plenaria Cámara Bases y Plan Plurianual Al Proyecto de ley número 311 de 2019 Cámara, 227 de 2019 Senado, por el cual se expide el Plan Nacio-

nal de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, Objetivo 8. Diplomacia para la defensa y la seguridad nacionales.

²¹ Sentencia C-728 del 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

carácter de obligatoriedad de este servicio en uno voluntario o en construir servicios sociales y cívicos alternativos. En su gran mayoría, los jóvenes que deben acudir a la conscripción están entre los 15 y 25 años, por lo que la nueva tendencia de promover servicios sociales alternativos permite construir formas diversas de servir a la sociedad sin recurrir exclusivamente a las armas²².

Como se observa, la jurisprudencia constitucional colombiana y las experiencias internacionales han sentado importantes bases para que la sociedad sea más pacífica, justa e incluyente, y cuya construcción puede hacerse en dos vías: la primera, replanteando la obligatoriedad del servicio militar; y la segunda, proporcionando opciones de participación para los jóvenes en distintos escenarios que permitan avanzar hacia una sociedad pacífica.

3. Características principales del Servicio Social para la Paz

Aunque el objeto de este Proyecto de Acto Legislativo es establecer los fundamentos para la creación del Servicio Social para la Paz y, por lo tanto, deberá desarrollarse mediante ley, en su reglamentación deberá tenerse en consideración las siguientes características mínimas:

- Tendrá una duración máxima de 12 meses.
- Por su carácter civil y social, enfocado en el derecho y el deber de la paz, se prestará en entidades gubernamentales civiles, organizaciones sociales y comunitarias, del orden nacional y regional, en coordinación con las entidades del Estado designadas para ello.
- Se podrá prestar al momento de terminar los estudios básicos o después de ellos, durante la realización de los estudios superiores –según la vocación profesional–, o como profesional en su respectiva área.
- Su carácter será no remunerado y podrá prestarse en cualquier parte del territorio nacional.
- El Estado deberá garantizar las condiciones y recursos necesarios para su realización. El servicio social para la paz se certificará como práctica no remunerada.

- La no prestación del servicio social para la paz no constituirá causal de limitación para el ejercicio de Derechos Humanos fundamentales.
- Se prestará bajo un amplio rango de modalidades, de manera que los jóvenes puedan articular sus intereses al servicio social.

Las siguientes son principales modalidades que podrá tener el Servicio Social para la Paz:

- Servicio social para el trabajo con víctimas del conflicto.
- Servicio social para el tratamiento y resolución de conflictos desde la no violencia.
- Servicio social para la protección de la riqueza cultural del país y la promoción artística y cultural.
- Servicio social para la pedagogía de la paz en entidades educativas formales e informales.
- Servicio social para la refrendación y el cumplimiento de acuerdos de paz.
- Servicio social para la promoción de los Derechos Humanos.
- Servicio social para la protección de la biodiversidad, las fuentes hídricas y la riqueza ambiental y forestal del país.
- Servicio social para la garantía del derecho a la salud.
- Servicio social para el fortalecimiento del campo y de la agricultura campesina.
- Servicio social para la construcción de la memoria histórica del conflicto.

4. Marco normativo nacional e internacional

A continuación se desarrolla el marco normativo en el que este Proyecto de Acto Legislativo se sustenta.

4.1 Marco constitucional: el derecho a la paz

Desde diferentes perspectivas y disciplinas se ha intentado definir qué es la paz. Algunos la entienden como la ausencia de guerra y de violencia. A este tipo de paz se le denomina paz negativa. Otros anotan que no basta con la ausencia de violencia, sino que además la paz implica el respeto por la dignidad humana, relaciones económicas y sociales justas y equitativas. La Constitución Política de Colombia es el marco de referencia para todos los colombianos y colombianas y el derrotero (marco de acción) de nuestros derechos y nuestros deberes. La Constitución Política constituye un marco normativo amplio que debe ser interpretado armónicamente, incluyendo el preámbulo, los principios, los tratados internacionales en el marco del bloque de constitucionalidad, así como su desarrollo jurisprudencial.

Como se mencionó en un aparte anterior, el artículo 22 de la Constitución Política de 1991 reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Lo que quiere decir que el Estado debe garantizar el derecho humano y fundamental de la paz, pero también que la ciudadanía debe asumir tareas y responsabilidades para que la paz sea una realidad. Este deber se ve reforzado en el artículo 95 de la Constitución en varios de sus numerales: en el numeral 2 se destaca que la ciudadanía debe obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; en el numeral 4 queda plasmado el compromiso de que los ciudadanos asuman que defender y difundir los Derechos Humanos es un deber clave en la promoción de una cultura de paz; en el numeral 6 se insiste en que la ciudadanía debe propender al logro y mantenimiento de la paz. Del mismo modo, la construcción de la paz se puede dar

²² [1] Docsetools. Servicio militar. (En línea). Sin fecha (25 de febrero de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1GuzzcR>. Este proceso mundial, derivado de la aceptación y fortalecimiento de la objeción de conciencia, se ha viabilizado a través de consensos mundiales enmarcados en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Resoluciones números 1987/46 y 1995/83 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Europa ha aplicado recomendaciones al respecto por medio del artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de la Recomendación número R (87) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y de la Resolución del Parlamento Europeo del 13 de octubre de 1989. En el continente americano el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 12 (Derecho a la objeción de conciencia) de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, son postulados que van en la misma dirección. Por su parte, en África tenemos la Carta de Banjul de Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 8°.

a través del cumplimiento de otros dos deberes consagrados en el mismo artículo 95, a saber: el numeral, 5 que establece la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país, y el numeral 8, que establece el deber de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Esta base constitucional brinda elementos importantes para exigir la garantía de este derecho, así como también para saber cuáles son las posibilidades que los ciudadanos y ciudadanas tenemos para asumir un papel protagónico en la construcción de paz en cualquier circunstancia y, de manera particular, en momentos de gran trascendencia para la paz como el que actualmente está viviendo el país. Es justamente este momento actual, sumado a las exigencias de los jóvenes, los que indican que la Constitución Política debe desarrollarse para concretar nuevas realidades y ampliar las opciones para que los jóvenes contribuyan a la construcción y la consolidación de la paz, extendiendo sus posibilidades de participación en la vida social, política y cultural del país.

4.2 Desarrollo jurisprudencial

Las disposiciones contenidas en la Ley 48 de 3 de marzo de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización, han sido objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, la que en diversas sentencias se ha pronunciado sobre su exequibilidad.

En la sentencia C-022 de 23 de enero de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de literal b) (a excepción del párrafo) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que disponía que los candidatos a ingresar a un centro de educación superior por el hecho de haber prestado el servicio militar tenían derecho a un aumento del diez por ciento (10%) en el puntaje obtenido en la prueba del Icfes, con fundamento en las siguientes razones:

“c) Sin embargo, el trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. En efecto, si bien el privilegio otorgado, en materia del puntaje en las pruebas del Icfes a los bachilleres que prestan el servicio militar, es adecuado para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos para ingresar a un centro de educación superior”.

En la sentencia C-478 de 7 de julio de 1999, con ponencia de la Magistrada Martha Victoria Sánchez de Moncaleano, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la expresión “por las autoridades eclesiásticas” contenida en el literal d) del artículo 29 de la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización, veamos:

“Es exequible en la medida en que se entienda referida a todas las iglesias y confesiones religiosas reconocidas jurídicamente por el Estado colombiano, ya que sólo así presenta total concordancia con el ordenamiento constitucional y una plena vigencia del principio de igualdad y de la libertad religiosa y de cultos, así como de la supremacía normativa jerárquica del Estatuto Fundamental (C. P., artículos 19 y 4°)”.

En la Sentencia C-755 de 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera”, prevista en el literal c) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 y declaró la executable del literal g) del mismo cuerpo normativo, bajo el entendido de que la exención allí contenida

se extiende a quienes conviven en unión permanente, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico.

En la sentencia C-879 de 22 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional refiriéndose a la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 48 de 1993, dispuso que la expresión ‘compeler’ contenida en el artículo acusado era ambigua y en tal sentido dio la siguiente interpretación:

“Ahora bien, en aras del principio de conservación del derecho resta por considerar si la expresión compelerlo contenida en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 es susceptible de una interpretación conforme con la Constitución, y en tal sentido encuentra esta Corporación que la única comprensión que cumple tal condición es si se entiende la expresión acusada en el sentido de que quien no haya cumplido la obligación de inscribirse para definir su situación militar solo puede ser retenido de manera momentánea mientras se verifica tal situación y se inscribe, proceso que no requiere de ningún formalismo y que se agota precisamente con la inscripción, por lo tanto no puede implicar la conducción del ciudadano a cuarteles o distritos militares y su retención por autoridades militares por largos períodos de tiempo con el propósito no solo de obligarlo a inscribirse, sino de someterlo a exámenes y si resulta apto finalmente incorporarlo a filas”.

En esta misma sentencia, aunque se declaró exequible el inciso 2° del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, se dijo que:

“En todo caso la aplicación de esta medida está sujeta a que se haya previamente agotado las etapas para definir la situación militar descritas en la Ley 28 de 1993 y en el Decreto número 2048 del mismo año, y a la expedición previa de una orden por parte de la autoridad de reclutamiento en la cual se identifique e individualice plenamente al remiso que luego será ejecutada por patrullas militares. En otras palabras, no puede ser entendido el literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993 en el sentido que otorga competencia a las autoridades militares para realizar batidas indiscriminadas con el fin de identificar a los remisos y luego conducirlos a los lugares de concentración, pues esta práctica implica incurrir en detenciones arbitrarias prohibidas por el artículo 28 constitucional”.

En la sentencia número C-728 de 2009, la Corte Constitucional dijo que

“A partir de una lectura armónica de los artículos 18 y 19 de la Constitución, al igual que del bloque de constitucionalidad, es posible concluir que de los mismos sí se desprende la garantía de la objeción de conciencia frente al servicio militar. Entonces el asunto es de firmeza de convicciones... (Así) Se reitera, entonces, que el amparo del derecho a la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio depende de que las convicciones y creencias de quien la alegue determinen y condicionen su conducta, a través de manifestaciones externas y comprobables de su comportamiento que, además, sean profundas, fijas y sinceras”²³.

Como se observa de la reseña hecha, a grandes trazos, en líneas precedentes, la Corte ha emitido diferentes sentencias por supuestos similares a los ahora estudiados, sin que el Ejército nacional haya implementado los correctivos necesarios para garantizar las vías institucionales dirigidas a (i) dar eficacia al derecho fundamental a la objeción de conciencia; y (ii) proscribir las redadas o batidas indiscriminadas, destinadas a

²³ Derecho del Siglo XXI, Arkhais.com. “Un caso reciente de objeción de conciencia en sentencia de tutela”. (En línea). Sin fecha (02 de marzo de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1GOV84Y>.

la conducción de los conscriptos para la prestación del servicio militar obligatorio²⁴.

Finalmente, es preciso señalar que la Corte Constitucional también ha expresado en sus providencias que las autoridades están obligadas a (i) dar eficacia al derecho fundamental a la objeción de conciencia; y (ii) a proscribir las redadas indiscriminadas, destinadas a la conducción de los conscriptos para la prestación del servicio militar obligatorio. De acuerdo con lo anterior, es menester una legislación concreta y adecuada frente a la materia, así como señala la sentencia C-728 de 2009, es imprescindible la regulación de la objeción de conciencia frente al servicio militar por parte del poder legislativo.

4.3 Marco internacional

La experiencia internacional demuestra que, en contextos de transición, tras conflictos armados, los cuerpos jurídicos deben ajustarse para garantizar el deber y el derecho a la paz. Ello ha sido significativo, también, que el servicio militar obligatorio se convierta en un deber relativo en aquellos países que transitan hacia la paz.

Un ejemplo de lo expuesto arriba es lo que ha acontecido en Serbia. Luego de confrontaciones políticas, religiosas y culturales resultado de uno de los conflictos más sangrientos de finales del siglo XX, que dejó cerca de 100.000 víctimas entre civiles y militares y 1,8 millones de desplazados²⁵, y de las confrontaciones políticas que persistieron aun después de que oficialmente terminó la guerra en 1995, este país dio un paso decisivo hacia la construcción de una sociedad en paz, en enero de 2011, al eliminar el servicio militar obligatorio. Antes de su eliminación, el régimen militar obligaba a la conscripción a los ciudadanos entre los 19 y los 35 años. Desde el año 2006 se iniciaron una serie de disminuciones en su duración pasando de los 12 a los 6 meses y teniendo un período alternativo de 9 meses para quienes objetaran conciencia. Un país con una importante participación en sangrientas guerras que van desde el principio hasta el final del siglo XX replanteó su concepción sobre la guerra permitiendo el derecho a la objeción de conciencia, la eliminación del servicio obligatorio y, en consecuencia, la profesionalización de sus fuerzas militares.

Otro caso importante en materia internacional es el de Argentina. La conscripción obligatoria fue instaurada desde el inicio del siglo XX mediante la Ley 4301 (Estatuto Militar Orgánico de 1901). Allí se estableció que los jóvenes entre los 18 y los 21 años (aunque estas edades variaron de acuerdo con los diferentes gobiernos) debían prestar un servicio militar obligatorio que tenía una duración que oscilaba entre los 18 y los 24 meses. Sin embargo, la dictadura hizo que este país reconsiderara el papel que desempeñaba el servicio militar en la sociedad. El caso del “Escuadrón Perdido”, en el que 129 jóvenes fueron secuestrados y desaparecidos (aunque otras cifras hablan de 145 jóvenes) mientras prestaban el Servicio Militar, con complicidad entre las fuerzas del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea, la Prefectura Naval y la justicia²⁶, puso en tela de juicio la conscripción.

Asimismo, la utilización de jóvenes de la Primera Escuadrilla Aeronaval de Sostén Logístico Móvil, con base en el sector militar del Aeropuerto Internacional de Ezeiza, para

realizar los denominados “Vuelos de la Muerte” en los que se lanzaba al mar a los contradictores del régimen, acumulando más de 4.400 personas muertas, también puso en jaque esta institución. Sin detenernos en lo que implicó enviar jóvenes inexpertos de 18 y 19 años a luchar en las Malvinas contra el ejército profesional inglés²⁷, el “Caso Carrasco”, en el que un joven de 18 años en 1994 fue asesinado por dos de sus compañeros instigados por un oficial²⁸ terminó por poner en duda la utilidad del Servicio Militar Obligatorio. Así, los jóvenes argentinos, exigiendo garantías personales en el marco del artículo 7° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que se expresa que nadie será sometido a tortura, penas, tratos crueles o degradantes, llevaron a que se eliminara el carácter obligatorio del servicio militar a través de la Ley 24429, denominada como de “Servicio Militar Voluntario y Servicio Social Sustitutorio”, la cual fue sancionada el 14 de diciembre de 1994. Si bien existen diversos debates a esta ley por parte de algunos sectores del movimiento objetor, los elementos relevantes de esta ley son los siguientes:

- Capítulo I, del Servicio Militar Voluntario, artículo 1°: El Servicio Militar Voluntario (SMV) es la prestación que efectúan por propia decisión los argentinos varones y mujeres, nativos, por opción o ciudadanos naturalizados, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional, brindando su esfuerzo y dedicación personales con las características previstas en la presente ley.
- El Capítulo VII, de Servicio Social Sustitutorio, en el artículo 21 dispone: El servicio social sustitutorio consistirá en la realización de actividades de utilidad pública y podrá traducirse en el desempeño de las siguientes tareas: a) Actividades de protección y defensa civil, según prescriba la ley respectiva; b) Servicios sanitarios, sociales o educativos; c) Conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza.

Después de una ruta equivocada en la forma de concebir este servicio, exclusivamente militar y obligatorio, este país le apostó a permitirlo como voluntario para profesionalizar sus fuerzas, y como social para asumir que no solo con las armas se sirve a la sociedad.

5. Contenido específico de la propuesta

El Proyecto de Acto Legislativo que se pone a consideración de esta Corporación contiene una reforma constitucional a dos artículos de la Constitución Política (artículo 22 y artículo 216), la que se expone a continuación:

5.1 Modificaciones al artículo 22 de la Constitución Política

Se propone ampliar y desarrollar el contenido del artículo 22 con los siguientes objetivos y características:

- Crear un servicio social para la paz obligatorio para los jóvenes, el cual tiene tres objetivos: construcción de la paz, promoción de los Derechos Humanos y de la democracia.
- Esos tres objetivos son las áreas en las que se enmarcarán las distintas opciones que se ofrezcan a los jóvenes como parte del servicio social para la paz.
- Se delega en el legislador la obligación de desarrollar el servicio social para la paz, sus formas

²⁴ Corte Constitucional. Acción de Tutela T-455 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Universidad Complutense de Madrid, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas Nómadas*. “La geometría variable del poder en política exterior”. (En línea). Diciembre de 2015 (28 de marzo de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1BJqOVv>.

²⁶ Dandrea Mohr, José Luis. *El escuadrón perdido*. Editorial Planeta. ISBN: 9789507429620. Buenos Aires, Argentina. 2000.

²⁷ Kon, Daniel. “Los chicos de la guerra”. Editorial Galerna SRL. ISBN/ASIN: 9500561042. Buenos Aires, Argentina. 1982.

²⁸ Urien Berri, Jorge y Marín, Dante. “El último Colimba: el caso Carrasco y la justicia arrodillada”. Ediciones Temas de Hoy. Universidad de Texas. 1995.

y procedimientos, las prerrogativas que los y las jóvenes tendrían por su prestación y las condiciones que exigen a ciertas personas de este deber.

- Se establece la equivalencia del servicio social para la paz con el servicio militar. Es decir, se establece que los jóvenes no deberán cumplir con dos deberes, sino que uno es alternativo al otro.
- Se establece que este servicio no dependerá orgánicamente de las instituciones militares.

Propuesta de modificación

Artículo 22. Constitución Política vigente	Propuesta de modificación artículo 22 Constitución Política
La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.	<p>La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.</p> <p><u>En desarrollo de este deber, los colombianos y colombianas están obligados a prestar un servicio social para promover la construcción de paz, los Derechos Humanos y la profundización de la democracia, en acciones relacionadas con servicios sociales y culturales, educativos, sanitarios, conservación del ambiente y protección del medio rural.</u></p> <p><u>La ley reglamentará las formas y los procedimientos para la prestación de este servicio social para la paz. Asimismo, determinará las prerrogativas por su prestación y las condiciones que, en todo tiempo, exigen de la prestación de este servicio. No dependerá orgánicamente de las instituciones militares y la prestación de este servicio social para la paz será equivalente la prestación del servicio militar (para todo efecto legal).</u></p>

5.2 Modificaciones al artículo 216 de la Constitución Política

- Como consecuencia de las modificaciones propuestas al artículo 22 de la Constitución Política se hace necesario modificar el artículo 216 de la Constitución Política:
- Se establece la posibilidad de que algunos jóvenes tomen las armas, si así lo deciden. Esto implica que se mantiene la prestación del servicio militar, pero se elimina su obligatoriedad, para hacerlo congruente con la apuesta de modificación del artículo 22 de la Carta. Así, algunos jóvenes podrán optar por prestar el servicio militar (quedando exentos de prestar el servicio social para la paz) en tanto que los otros podrán optar por las diversas opciones que proporcionará el servicio social para la paz (quedando exentos los varones que tomen esta opción de prestar el servicio militar). En todo caso, las modificaciones a ambos artículos implican que los jóvenes deberán cumplir con un deber constitucional, sea este el servicio militar o el servicio social para la paz.
- Se delega en el legislador la obligación de adaptar el marco normativo legal vigente sobre servicio militar obligatorio a la modificación del artículo 216, para determinar las condiciones en las que se prestará en el servicio militar para los jóvenes que lo decidan, así como las prerrogativas por la prestación del mismo.

- Se mantiene el llamado general a tomar las armas en caso de guerra exterior. En estos casos, se reconoce en todo caso el derecho de objeción de conciencia y se delega nuevamente en el legislador la facultad de regular esta materia y las exenciones a las que haya lugar en estos casos.

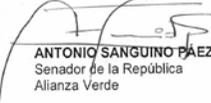
Propuesta de modificación

Artículo 216. Constitución Política vigente	Propuesta de modificación artículo 216 Constitución Política
<p>La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.</p> <p>Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo exigen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.</p>	<p>La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.</p> <p><u>Los colombianos podrán tomar las armas cuando las necesidades públicas lo requieran para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.</u></p> <p><u>La ley determinará los casos en que, debido a guerra exterior, sea necesario hacer un llamado general a tomar las armas. En todo caso se reconocerá el derecho fundamental de objeción de conciencia y se determinarán las condiciones que en todo tiempo exijan de atender este llamado.</u></p>

Por los honorables congresistas,

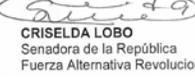
Por los honorables congresistas,


IVÁN CEPEDA CASTRO
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

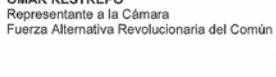

ANTONIO SANGUINO PÁEZ
Senador de la República
Alianza Verde


GUSTAVO BOLÍVAR MORENO
Senador de la República
Lista de la Decencia


JULIÁN GALLO CEBALLOS
Senador de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


CRISELDA LOBO
Senadora de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


LUIS ALBERTO ALBÁN
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


OMAR RESTREPO
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

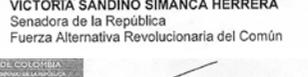

AIDA AVELLA ESQUIVEL
Senadora de la República
Lista de la Decencia


ALEXÁNDER LÓPEZ MAYA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo

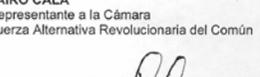

ALBERTO CASTILLA
Senador de la República
Polo Democrático Alternativo


MARÍA JOSÉ PIZARRO RODRÍGUEZ
Representante a la Cámara
Lista de la Decencia


PABLO CATATUMBO TORRES VICTORIA
Senador de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


VICTORIA SANDINO SIMANCA HERRERA
Senadora de la República
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


CARLOS CARREÑO
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común

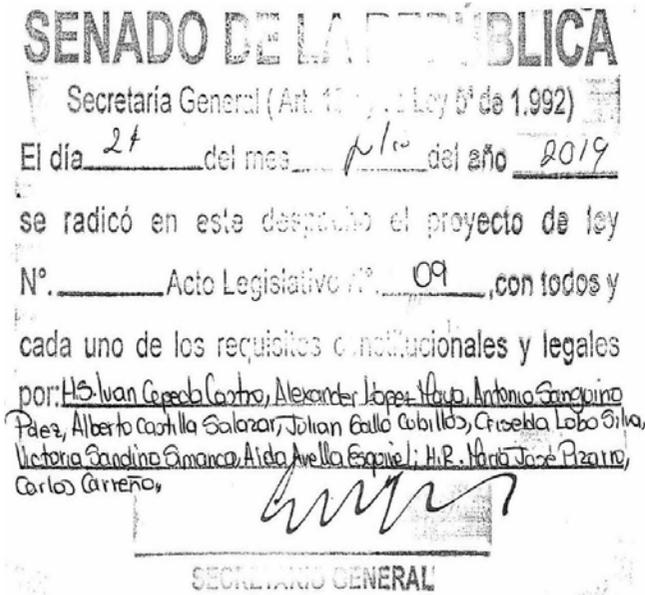

JAIRO CALÁ
Representante a la Cámara
Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común


FELICIA VALENCIA

SENADO DE LA REPUBLICA
Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día 29 del mes Julio del año 2019
se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº. _____ Acto Legislativo N° _____, con todos y
cada uno de los requisitos constitucionales y legales
por: H.S. Iván Cepeda Castro, Alexander Lopez Maya, Antonio Sanguino,
Alberto Castilla, Sabzar, Julian Gallo Ceballos, Criselda Lobo, Silvana Victoria,
Sandino Simanca, Aida Avella Esquivel, H.P. María José Pizarro, y Carlos
Carreño.


SECRETARIO GENERAL



SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2019

Señor Presidente

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 09 de 2019 Senado, *por medio del cual se crea el servicio social para la paz y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Iván Cepeda Castro, Alexander López Maya, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Jesús Alberto Castilla Salazar, Gustavo Bolívar Moreno, Julián Gallo Cubillos, Pablo Catatumbo Torres Victoria, Criselda Lobo Silva, Victoria Sandino Simanca Herrera, Aída Yolanda Avella Esquivel, Feliciano Valencia Medina*; honorables Representantes *Luis Alberto Albán, Carlos Carreño, Ómar Restrepo, Jairo Reinaldo Cala Suárez, María José Pizarro Rodríguez*. La materia de que trata el mencionado proyecto de acto legislativo es competencia de la Comisión **Primera** Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Julio 24 de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de Acto Legislativo a la Comisión **Primera** Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase,

El Presidente del honorable Senado de la República,

Lidio Arturo García Turbay.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 10 DE 2019 SENADO

por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos.

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2019

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECHO

Secretario General

Senado

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Radicación de Proyecto de Acto Legislativo número 10 de 2019 Senado, por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos.

Señor Secretario,

De conformidad con el artículo 139 de la Ley 5ª de 1992, presento ante su despacho Proyecto de Acto Legislativo *por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos* para el trámite establecido en la Ley 5ª.

Cordialmente,



PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 10
DE 2019 SENADO

Por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. *Prohibición de reemplazos automáticos de curules de miembros de corporaciones públicas privados de la libertad.* Modifíquese el artículo 134 de la ley Constitución Política de 1991 el cual quedará así:

Artículo 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la Administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

Parágrafo transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la Administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.

Parágrafo 1°. Cuando a un miembro de una Corporación Pública le sea anulada su elección, solo podrá ser reemplazado si el Consejo de Estado así lo autoriza en la sentencia que declara la nulidad. El Consejo de Estado debe autorizar expresamente al presidente de la respectiva Corporación a realizar el llamamiento al candidato no elegido del partido, coalición, movimiento político, o grupo significativo de ciudadanos. Si no se dice nada sobre el llamamiento, se entiende que este está prohibido.

Parágrafo 2° Cuando un miembro de una Corporación Pública que es candidato para la elección siguiente, cometa alguno de los delitos establecidos en el inciso 2°, y como consecuencia de ello se profiera orden de captura en su contra, no podrá ser reemplazado por el resto del periodo faltante que estuviere desempeñando, ni el periodo siguiente para el que resultare elegido.

Artículo 2°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.



DAVID RACERO MAYORCA
Representante a la Cámara por Bogotá



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Bajo el sistema democrático colombiano, los partidos políticos con el otorgamiento de avales entregan un respaldo político a una candidatura, y de ello deviene para estos una gran responsabilidad, y por tanto se obliga a las colectividades a adelantar una revisión de las calidades y antecedentes de los candidatos inscritos en sus listas.

En la reforma política de 2015, se indicó que la legitimidad de todo el sistema reposa en esta responsabilidad que conllevan los avales, “*pues el principio de la representación supone que aquellos sometidos a la elección popular, deben constituirse en arquetipos sociales que no solamente representan a sus propios electores, sino que pueden ser modelos de la sociedad que todos merecen*”. Adicionalmente, se indicó que con ello se busca establecer un mecanismo sancionatorio para los partidos que otorguen avales a personas sin hacer un debido proceso de seguimiento y análisis a sus perfiles, buscando que los partidos tengan mayor rigurosidad y no otorguen avales a personas con cuestionamientos legales o éticos¹.

En el marco de dicha reforma, y de la adelantada por el Acto Legislativo número 01 de 2009, se modificó el artículo 134 de la Constitución Política, en el sentido de indicar que no hay lugar a reemplazo cuando la persona elegida haya sido condenada por delitos comunes *relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la Administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad*, y que tampoco habrá lugar al reemplazo de las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura por los mismos delitos.

Con respecto a dicho artículo, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia señaló que de conformidad con el artículo 134, en ningún caso podrán ser reemplazados:

- “1. *Quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la Administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, y*
2. *Aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos mencionados en el numeral anterior, toda vez que tal evento no dará lugar a faltas temporales*”. (Resaltado en negrilla propio).

¹ Acto Legislativo número 02 de 2015.

Para la Alta Corporación, como consecuencia de la regla general establecida en el artículo 134, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente por delitos ya referidos. No obstante, la sentencia condenatoria en el proceso penal *“producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública”*.

El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el objeto de la norma es responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes han sido condenados por los delitos referidos, o cuando contra ellos se ha proferido orden de captura. La anterior interpretación está en concordancia con los objetivos de los Actos Legislativos números 01 de 2009, y 02 de 2015, mediante los cuales se estableció el mecanismo de la silla vacía, esto es, que no hay lugar al reemplazo de la curul y que se sanciona tanto a los partidos políticos como a los titulares de las curules. A lo largo de las discusiones en el Congreso de la República se resaltaron como objetivos de dichas sanciones los siguientes:

- *“La sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas, lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales, sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público”*.
- *“La reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la Administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos”*.

Con respecto a los integrantes de los partidos que fueron elegidos, pero sobre los cuales recae orden de captura dentro un proceso penal por delitos en contra de los mecanismos de participación democrática, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó en el 2013 que hay una prohibición expresa de reemplazo y que dichas faltas no admiten suplir la vacante, y que se castiga tanto a quien ocupaba la curul como al partido.

No obstante la finalidad de la norma, en la práctica no hay claridad sobre el procedimiento a seguir cuando se declara la nulidad de la elección de un miembro de Corporación y el Consejo de Estado no emite pronunciamiento sobre el llamamiento. Esto sucede, a pesar de que el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 señala que para realizar el reemplazo de una curul cuando se esté ante un caso de una falta absoluta como consecuencia de una nulidad electoral, se atenderá a lo que se disponga en la decisión judicial.

Al respecto, el artículo mencionado indica que *“la falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar”*.

Teniendo en cuenta este escenario, y que en la práctica se han realizado llamamientos cuando el Consejo de Estado

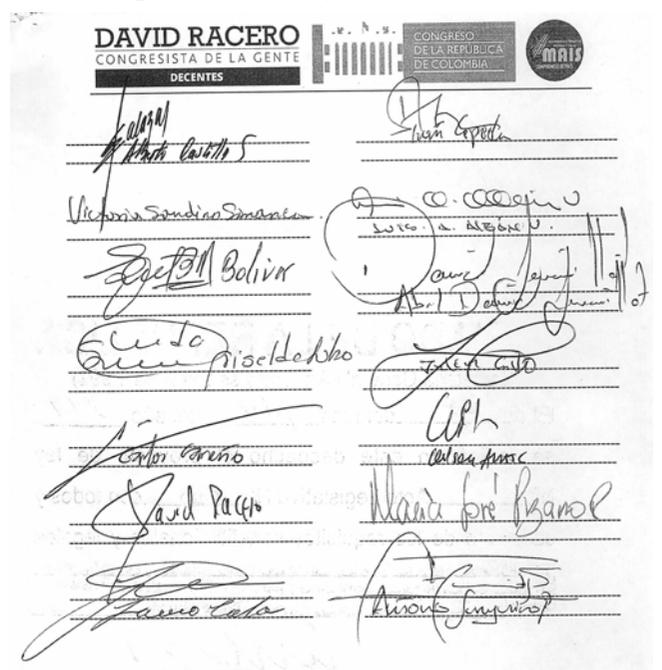
no ha emitido pronunciamiento alguno sobre el tema, resulta pertinente establecer de forma definitiva la obligatoriedad de contar con la autorización del Alto Tribunal Contencioso con el fin de que los Presidentes de las Corporaciones Públicas eviten realizar llamamientos cuando no hay lugar a ellos.

Lo anterior, con el fin de preservar la finalidad del artículo constitucional, que como ya se dijo, es sancionar al miembro de la Corporación y a su partido, en tanto es corresponsable por las conductas de aquellos a quienes avalaron, puesto que como reiteradamente lo ha indicado el Consejo de Estado, los partidos deben adelantar un verdadero examen de las calidades de los candidatos que habrán de ocupar una curul en su nombre, en caso de salir victoriosos².

Por otra parte, y con el fin de salvaguardar el objetivo constitucional del artículo 134, también resulta pertinente indicar que en los casos de que la ocurrencia de alguno de los delitos señalados en el inciso 2º del artículo 134, dé lugar a la orden de captura sobre miembros de una Corporación Pública que sean candidatos para la elección siguiente, no habrá lugar al reemplazo por el resto del periodo faltante que estuviere desempeñando, ni el periodo siguiente para el que resultare elegido, sin que ello constituya doble juzgamiento, pues como ya se advirtió, la finalidad de la prohibición del reemplazo es establecer una sanción a los partidos que al momento de otorgar avales no adelanten una revisión rigurosa sobre la idoneidad de sus candidatos.

Objetivos del Acto Legislativo

- Establecer que los presidentes de Corporaciones Públicas no puedan ordenar el reemplazo de una curul automáticamente, sino que solo lo puedan hacer cuando así se los ordene el Consejo de Estado en la sentencia que declara la nulidad electoral de una persona que está privada de la libertad por delitos establecidos en el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución Política.
- Señalar que si el miembro de la Corporación pública privado de la libertad es candidato para la siguiente elección, y en el marco de esta comete los delitos referidos en el artículo 134, el miembro de la corporación perderá la curul por el resto del periodo faltante que estuviere desempeñando, y por el periodo siguiente para el que resultare elegido.



² Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia 30 de agosto de 2017.

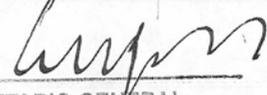
SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día 24 del mes Julio del año 2019

se radicó en este despacho el proyecto de ley N° _____ Acto Legislativo N° 010, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales

por los señores Jesús Alberto Castilla, Iván Cepeda, Wilson Arias, Victoria Sandino, Criselda Lobo, Antonio Sanguino; H.R. Jesús Alberto Albán, Reinaldo Cala, María José Pizarro, Carlos Carreño, David Racero


 SECRETARIO GENERAL

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2019

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 10 de 2019 Senado, *por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Jesús Alberto Castilla Salazar, Iván Cepeda Castro, Wilson Néber Arias Castillo, Victoria Sandino Simanca Herrera, Criselda Lobo Silva, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Feliciano Valencia Medina*; honorables Representantes *Luis Alberto Albán Urbano, Jairo Reinaldo Cala Suárez, María José Pizarro Rodríguez, Carlos Carreño Marín, David Ricardo Racero Mayorca*. La materia de que trata el mencionado proyecto de acto legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Julio 24 de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de Acto Legislativo a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la **Gaceta del Congreso**.

Cúmplase,

El Presidente del honorable Senado de la República,

Lidio Arturo García Turbay.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 11 DE 2019 SENADO**

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

Bogotá, D. C., 23 de julio de 2019

Señor

Presidente

LIDIO GARCÍA

Senado de la República

Bogotá

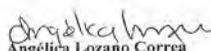
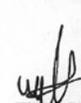
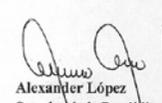
Referencia: Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2019 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Respetado Presidente:

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.

En este sentido, se presenta a consideración el presente Proyecto de Acto Legislativo, para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la ley y la Constitución. Por tal motivo adjuntamos original y tres (3) copias del documento, así como una copia en medio magnético (CD).

De los Honorables Congressistas,

 Angélica Lozano Correa Senadora de la República Alianza Verde	 Carlos Eduardo Cervera Senador de la República Partido MIRA
 Patoma Valencia Senadora de la República Centro Democrático	 Sandra Ortiz Senadora de la República Alianza Verde
 Mauricio Forero Representante a la Cámara Alianza Verde	 Fabián Díaz Representante a la Cámara Alianza Verde
 Juan Luis Castro Senador de la República Alianza Verde	 Wilmer Leal Representante a la Cámara Alianza Verde
 Iván Marulanda Senador de la República Alianza Verde	 León Fredy Muñoz Representante a la Cámara Alianza Verde
 Jorge Enrique Benedetti Representante a la Cámara Cambio Radical	 Alexander López Senador de la República Polo Democrático
 Cesar Augusto Ortiz Senador de la República Alianza Verde	 Neyla Ruiz Representante a la Cámara Alianza Verde

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 11 DE 2019 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 la República 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. Toda persona en el territorio nacional tiene derecho al agua, de acuerdo a los principios de accesibilidad, calidad y disponibilidad, progresividad y sostenibilidad fiscal. Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la conservación, protección y uso eficiente del recurso hídrico conforme al principio de participación en materia ambiental.

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

De los honorables Senadores,

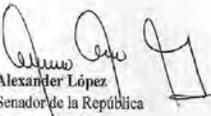
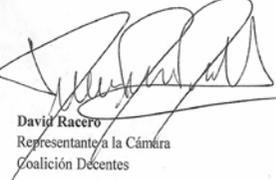
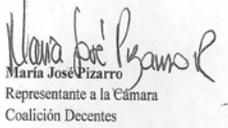
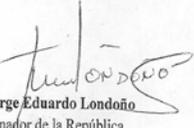
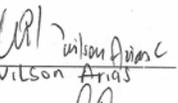
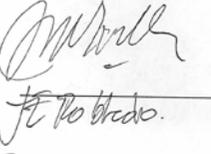
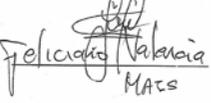
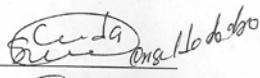
 Catalina Ortiz Representante a la Cámara Alianza Verde	 Aida Avella Senadora de la República Unión Patriótica
 Luciano Grisales Representante a la Cámara Partido Liberal	 Rodrigo Lara Senador de la República Cambio Radical
 Harry González Representante a la Cámara Partido Liberal	 Julián Gallo Senador de la República FARC
 Juanita Goebertus Representante a la Cámara Alianza Verde	 Inti Asprilla Representante a la Cámara Alianza Verde
 Antanas Mockus Senador de la República Alianza Verde	 Katherine Miranda Representante a la Cámara Alianza Verde
 David Ruzero Representante a la Cámara Coalición Decentes	 María José Bizarro Representante a la Cámara Coalición Decentes
 Antoni Sanguino Senador de la República Alianza Verde	 Fran Neme Senador de la República Alianza Verde
 José Aulo Polo Senador de la República Alianza Verde	 Jorge Eduardo Londoño Senador de la República Alianza Verde
 Wilson Andrés	 JE. Nobledo
 Fehorayo Valencia	 ALCO
 Pablo Cataumbo T.	 Gueda
 Juan López	 A.
 Ezequiel Solívora	 Aida David
 A. Castilla	

 Angélica Lozano Correa Senadora de la República Alianza Verde	 Carlos Eduardo Guevara Senador de la República Partido MIRA
 Paloma Valencia Senadora de la República Centro Democrático	 Sandra Ortiz Senadora de la República Alianza Verde
 Catalina Ortiz Representante a la Cámara Alianza Verde	 Aida Avella Senadora de la República Unión Patriótica
 Luciano Grisales Representante a la Cámara Partido Liberal	 Rodrigo Lara Senador de la República Cambio Radical
 Harry González Representante a la Cámara Partido Liberal	 Julián Gallo Senador de la República FARC
 Juanita Goebertus Representante a la Cámara Alianza Verde	 Inti Asprilla Representante a la Cámara Alianza Verde
 Antanas Mockus Senador de la República Alianza Verde	 Katherine Miranda Representante a la Cámara Alianza Verde

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Contenido

1. Objetivo e importancia del Acto Legislativo.
2. Consideraciones Generales.
 - 2.1. El recurso hídrico en el mundo.
 - 2.2. El agua como recurso esencial para la vida.
 - 2.3. La protección del patrimonio natural colombiano.
 - 2.4. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano.
 - 2.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales.
 - 2.6. Impactos ambientales del uso del agua.
3. Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua.
 - 3.1. Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental.
 - 3.2. El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana.
 - 3.3. El agua es un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y al ambiente sano.
 - 3.4. Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional.
4. Marco Normativo.
 - 4.1. Constitución Política Colombiana de 1991.
 - 4.2. Código Civil.
 - 4.3. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
 - 4.4. La Ley 99 de 1993.
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.*
 - 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.*
 - 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.*
 - 5.4. Proyecto de Acto Legislativo número 14 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.*
 - 5.5. Proyecto de Acto Legislativo número 14 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.*
 - 5.6. Proyecto de Acto Legislativo número 21 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.*
 - 5.7. Proyecto de Acto Legislativo número 006 de 2018 Senado, *por el cual se incluye el artículo*

 Mauricio Yoro Representante a la Cámara Alianza Verde	 Fabián Díaz Representante a la Cámara Alianza Verde
 Juan Luis Castro Senador de la República Alianza Verde	 Wilmer Leal Representante a la Cámara Alianza Verde
 Iván Marulanda Senador de la República Alianza Verde	 León Freddy Muñoz Representante a la Cámara Alianza Verde
 Jorge Enrique Benedetti Representante a la Cámara Cambio Radical	 Alexander López Senador de la República Polo Democrático
 Cesar Augusto Ortiz Senador de la República Alianza Verde	 Neyla Ruiz Representante a la Cámara Alianza Verde
 David Racero Representante a la Cámara Coalición Decentes	 María José Pizarro Representante a la Cámara Coalición Decentes
 Antonio Sanguino Senador de la República Alianza Verde	 Iván Name Senador de la República Alianza Verde
 José Aulo Polo Senador de la República Alianza Verde	 Jorge Eduardo Londoño Senador de la República Alianza Verde
 Wilson Arias Representante a la Cámara Alianza Verde	 Pablo Catajumo T.
 Feliciano Valencia Representante a la Cámara Alianza Verde	 Olga H. Lozano Representante a la Cámara Alianza Verde
 Abel David Representante a la Cámara Alianza Verde	 A. Restrepo Representante a la Cámara Alianza Verde

II-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

5.8. Proyecto de Acto Legislativo número 009 de 2018 Cámara, por el cual se incorpora el artículo 49 a dentro del capítulo ii del título ii de la Constitución Política de Colombia.

6. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado.
 - 6.1. Bloque de constitucionalidad.
 - a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - b) La Declaración de Estocolmo (1972) sobre el Medio Humano.
 - c) La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco, 1997.
 - d) La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo).
 - e) Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
 - f) La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
 - 6.2. Derecho comparado.
 6. Internacional.
 - 6.3.1. En el Derecho Internacional de Derechos Humanos.
 - 6.3.2. En las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 - 6.3.3. En el Derecho Internacional Humanitario.
 - 6.4. Nacional.
 - 6.4.1. De la adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia de 1991.
 - 6.4.2. En el bloque de constitucionalidad.
 - 6.4.3. Los derechos fundamentales por conexidad.
 - 6.4.4. Por expresa consagración de la jurisprudencia constitucional.
 - 6.4.5. En el Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios.
 7. Alcance del Proyecto de Acto Legislativo.
 - 7.1. Acceso al agua como derecho fundamental.
 - 7.2. Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas.
 - 7.3. No busca la gratuidad del Servicio Público
 - 7.4. La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales.
 - 7.4. No generará una Tutelación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Objetivo e Importancia 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.

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

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.

En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General número 15², en la cual se delimitó el concepto y contenido del derecho humano al agua, en adelante, DHA.

Teniendo en cuenta la fecha de expedición de la Observación, el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento no contemplaba mención alguna sobre el concepto y los componentes del derecho humano al agua. Razón por la cual no se encuentran normas especiales y expresas (o un cuerpo normativo propio) que lo comprenda.

No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional y otros mecanismos³, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas, y de hecho, actualmente se encuentra adscrito a la Constitución Política⁴, la cual irradia el resto del ordenamiento jurídico colombiano. Tanto así, que la Corte Constitucional ha dicho que el legislador posee la “obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes”⁵.

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa 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 para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho

² Sobre este particular véase: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-764 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Que serán descritos adelante.

⁴ La vinculación del derecho humano al agua a la Constitución Política proviene de la expresa mención realizada por la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha manifestado que en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad. Entendiendo adicionalmente que como el Pacto hace parte del bloque de constitucionalidad y el Comité a través de sus observaciones generales interpreta de manera oficial el pacto, lo dicho por este organismo también estará vinculado al ordenamiento por lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la carta.

⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-220 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 existencia del ser humano.

En la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo se hizo referencia a documentos científicos y de organizaciones internacionales que ponen de presente la magnitud de la importancia de garantizar la disponibilidad del recurso hídrico para la supervivencia de la especie y la conservación de la vida a escala planetaria.

No cabe duda entonces de la trascendencia que el acceso al agua tiene para la garantía de la calidad de vida, actual y futura, para los seres humanos, como también de su utilidad para el desarrollo de actividades económicas, culturales y recreativas. Sin embargo, debe quedar claro el orden de prioridades, de manera que en la gestión del recurso siempre prevalezca su aptitud para el consumo en actividades humanas sobre su utilización para actividades económicas, y de allí la conveniencia de elevar su acceso a la condición de derecho fundamental.

Ya en el orden interno el acceso al agua es catalogado como un servicio público esencial, cuyo aseguramiento prestacional corresponde a los municipios, pero esa catalogación es insuficiente, si se atiende a lo previsto en instrumentos internacionales que lo categorizan como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Por ello, frente a la posibilidad del uso del agua para la explotación de recursos naturales, desde el derecho internacional y el derecho interno se 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, en el marco de la función ecológica de la propiedad, 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.

No obstante, al concretar los mecanismos de uso del recurso para la explotación de los recursos naturales, la modalidad retributiva establecida en las concesiones ha derivado en un resultado perverso, consistente en que el que contamina paga, desconociendo la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena disponibilidad del recurso tanto para la supervivencia humana como para el desarrollo económico, social y cultural de los habitantes del territorio.

Es indispensable, por consiguiente, 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, dado que aquellas estrategias, expresadas en normas como los Decretos 934 de 2013 y 2691 de 2014 y en el propio Plan Nacional de Desarrollo, aquellos suspendidos por el Consejo de Estado y el artículo correspondiente de este último declarado inexecutable por la Corte Constitucional, han ocasionado daños ambientales irreversibles, especialmente en las zonas de páramos y aquellas afectadas por la explotación de recursos hidrocarburíferos.

2. Consideraciones Generales

Para el ser humano⁶, el agua es uno de los componentes más importantes del ambiente, ya que la materia viva de su cuerpo está compuesta aproximadamente por un setenta por

ciento de dicho líquido, de tal manera que la ausencia del mismo puede afectar seriamente la salud y la vida de las personas. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el agua es un bien escaso y finito⁷, ya que no existe proceso químico o físico alguno que permita crearlo, por lo cual, la disciplina jurídica ha venido diseñando especiales mecanismos para su protección, en particular para garantizar el abastecimiento por parte de la población, considerando el agua en algunos casos específicos como un derecho humano.

Con el objeto de precisar y fortalecer el derecho humano al agua, 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 indispensable para la vida y por ello tanto todos los seres humanos deben para tener una vida en condiciones de dignidad un acceso a la misma.

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.

Es importante destacar, que en la Constitución Política colombiana existen cuatro disposiciones de las cuales se desprende que el derecho al agua tiene rango constitucional, sin embargo no hay un precepto expreso y específico destinado a consagrar en forma inequívoca el derecho al agua como un derecho individual, contrario a lo que sucede con otros derechos como “el derecho a la vida” o “el derecho al trabajo”. Ciertamente, el artículo 49 consagra la garantía del saneamiento. De igual forma, el artículo 79 determina el derecho a gozar de un medio ambiente sano y el artículo 366 consagra el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable. Tales normas no pueden desarrollarse y materializarse sin la presencia del recurso hídrico, pero tampoco definen ni establecen en qué consiste el núcleo duro del derecho fundamental al agua y cuáles son los bienes jurídicamente protegidos con este derecho⁸. Así mismo, se encuentra el artículo 93 que se refiere al bloque de constitucionalidad, mediante el cual se entienden incorporados -en el ordenamiento jurídico colombiano- aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. De especial relevancia resulta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual no estipula el derecho al agua en forma independiente o autónoma, aun cuando reconoce en su artículo 12 el derecho de las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, cuya realización no puede lograrse sin la disponibilidad de agua.

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.

⁶ Siguiendo en estas líneas textualmente a Gómez-Rey, A. y Rodríguez, G. El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios. Legis Editores. Bogotá, 2013.

⁷ Debemos manifestar que se trata de un recurso que está sujeto a desgaste como consecuencia de su uso.

⁸ La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia Disponible en línea, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4341/5069>

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

Puesto	País	
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 explotación

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 siguiente⁹:

- 1. La disponibilidad.** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos

⁹ ONU. Observación General número: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

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 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”¹⁰.

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 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, yacientes 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,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 2011.

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 derivan 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 9°, 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 Amazonia, 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

miskas 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 parágrafo 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 parágrafo 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 situ es 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 Orinoquia 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 7° y 8° 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 1°. 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.

ii) 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, doctor Édgar 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 1995¹¹ 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 2010¹² 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 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

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-413 de 1995 M. P. Martínez Caballero, Alejandro.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010 M. P. González Cuervo, Mauricio.

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**¹³ 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.

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**¹⁴. 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.

Sobre el mismo punto, la Corte señaló lo que sigue en la Sentencia **T-418 de 2010**¹⁵. “*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.

Sentencia T-223/18

Al ser el agua una necesidad básica y un elemento indispensable para la existencia del ser humano, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que este derecho fundamental, tiene un carácter: (i) universal, por cuanto todos y cada uno de los hombres y mujeres, sin discriminación alguna, requieren de este recurso para su subsistencia; (ii) inalterable, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos; y (iii) objetiva, puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social.

Al Estado le corresponde el deber de garantizar la provisión del servicio de agua, en principio, a través del municipio, quien debe asegurarse de la prestación efectiva del servicio de acueducto, y cuando no hubiere la infraestructura necesaria para ello, ofrecer soluciones alternativas de mediano y largo plazo que garanticen el acceso al recurso hídrico para consumo humano.

Como se expuso en las consideraciones de esta providencia, aunque no haya una mención expresa sobre la entidad obligada a garantizar el derecho fundamental al agua, es claro que a partir de una lectura sistemática de la Constitución, la ley y la jurisprudencia se ha establecido que

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2006 M. P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010 M. P. Calle Correa, María Victoria.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1994 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

la unidad territorial encargada de garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos es el municipio, bien sea directamente o través de particulares o comunidades organizadas.

Sentencia T-188/18

El derecho al agua potable para consumo humano adquiere carácter fundamental cuando su ausencia afecta otros derechos como la vida digna o la salud de personas que gozan de especial protección constitucional.

En este caso, la Sala de Revisión consideró que se cumplían los presupuestos jurisprudenciales para obtener el suministro de agua por vía de tutela al comprobarse que (i) en el inmueble habita la madre del actor, sujeto de especial protección en razón de la edad y del estado de salud; (ii) la suspensión del servicio de acueducto ha afectado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y (iii) la falta de pago de las facturas obedece a una situación involuntaria de los habitantes del inmueble, quienes subsisten con menos de un salario mínimo mensual.

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 derecho 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°.

El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

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 número 14 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.

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dieron 2 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura.

RADICACIÓN EN SENADO DE LA REPÚBLICA	
Fecha de Presentación	miércoles, 16 de marzo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación primer debate	miércoles, 4 de mayo de 2016
Fecha de aprobación segundo debate	martes, 17 de mayo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA SEGUNDA VUELTA	
Fecha de Aprobación primer debate vuelta	martes, 18 de octubre de 2016
Fecha de Aprobación segundo debate segunda vuelta	martes, 15 de noviembre de 2016
TRÁMITE EN CÁMARA DE REPRESENTANTES PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación primer debate	jueves, 2 de junio de 2016
Fecha de aprobación segundo debate	viernes, 17 de junio de 2016

5.5. Proyecto de Acto Legislativo número 14 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.

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dieron 2 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura.

RADICACIÓN EN SENADO DE LA REPÚBLICA	
Fecha de Presentación	22 Marzo 2017
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación primer debate	26 abril 2017
Fecha de aprobación segundo debate	17 mayo 2017

5.6. Proyecto de Acto Legislativo número 21 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.

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dieron 2 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura.

RADICACIÓN EN CÁMARA DE REPRESENTANTES	
Fecha de Presentación	
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación primer debate	Septiembre 20 de 2017
Fecha de aprobación segundo debate	

5.7. Proyecto de Acto Legislativo número 006 de 2018 Senado, 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 2 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura.

RADICACIÓN EN CÁMARA DE REPRESENTANTES	
Fecha de Presentación	25 julio 2018
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de Aprobación Primer Debate	25 septiembre 2018
Fecha de Aprobación Segundo Debate	23 octubre 2018

5.8. Proyecto de Acto Legislativo número 009 de 2018 Cámara, por el cual se incorpora el artículo 49-A dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dio 1 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura.

RADICACIÓN EN CÁMARA DE REPRESENTANTES	
Fecha de Presentación	Julio 20 de 2018
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación primer debate	Noviembre 7 de 2018.
Fecha de aprobación segundo debate	

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.

e) 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”.

f) 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.

g) 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”.

6.3. Internacional

De igual forma en el plano internacional se destaca:

6.3.1. En el Derecho Internacional de Derechos Humanos

En este cuerpo normativo se encuentra contemplado el derecho humano al agua de tres formas principales. De manera implícita, relacionada con otros derechos especiales y de manera autónoma y explícita como en la doctrina de las

Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

- a) De manera implícita o indirecta¹⁶ está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948¹⁷, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y otros, donde se expresa que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud, el bienestar y la alimentación; lo cual sin agua no es posible.
- b) Relacionada con otros derechos está en la Convención¹⁸ sobre los Derechos del Niño¹⁹, el cual expresa la necesidad imperante de los Estados de “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. Nótese que la norma expresa la obligación del Estado en términos de suministro, sin interesar la manera de realizarlo. Por tanto se deberá garantizar de manera física la entrega del líquido a la población infantil.

6.3.2 En las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estas son las interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre las cuales tres están relacionadas con el agua la número 15, la 12 y la 14.

La Observación General no. 15, es tal vez el cuerpo más importante respecto del derecho humano al agua que nace en interpretación de lo dispuesto en los artículos 11 y 12²⁰ del

¹⁶ Los que se presentan no son los únicos, véase igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y más.

¹⁷ Artículos 3 y 25.

¹⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Esté en el literal c) del artículo 24

¹⁹ Véase en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>, consulta del 19 de mayo de 2012. 14:37.

²⁰ Artículo 11 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. [...] Artículo 12. 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda

Pacto. Esta, parte de una visión amplia del derecho a la vida digna donde el agua es una condición para la supervivencia de los seres humanos y ayuda a la realización de otros derechos del pacto como la alimentación, la vivienda, la educación y la cultura.

Para su realización establece que se debe tener en cuenta:

- a) La utilización del principio de no discriminación e igualdad de tal manera que genere la obligación especial del Estado de eliminar las diferencias no justificadas en el acceso al agua apta para el consumo humano, con atención de aquellas personas de especial protección como los menores, los pueblos indígenas, los desplazados, los presos, entre otros.
- b) Debe existir una prelación en los usos del agua en donde los abastecimientos personales y domésticos deberán desplazar a los demás como industriales, prácticas culturales y otros.
- c) Se debe garantizar la seguridad de las condiciones salubres de las fuentes hídricas y eliminar la contaminación que presente un riesgo para el hábitat humano.

Derivado de lo anterior, el derecho debe comprender: i) la disponibilidad, la continuidad y la suficiencia del recurso teniendo en consideración el clima, el trabajo, la ubicación geográfica de acuerdo con los lineamientos establecidos en por la Organización Mundial de la Salud. ii) la calidad vista en páginas anteriores, iii) la accesibilidad física, económica y no económica.

6.3.3 En el Derecho Internacional Humanitario

En este cuerpo normativo se encuentra el derecho humano al agua relacionado con la defensa de bienes y personas protegidas en situación de conflicto, con el fin de limitar las conductas y medios militares²¹ de quienes participen en las hostilidades, lo cual comprende tres ópticas:

Una bajo la cual se pretende la protección del medio ambiente incluido el recurso hídrico mediante restricciones a la utilización de “técnicas de modificación ambiental”²² con fines militares estratégicos; entre las cuales está el uso de armas biológicas o químicas, tóxicos, gases asfixiantes entre otros. Otra que responde al mantenimiento del derecho sobre

personas intervinientes en el conflicto como los prisioneros²³, a los cuales el Estado retenedor deberá suministrar agua potable y alimentos suficientes para el mantenimiento de su vida.

Por último, aparece la protección bienes y personas relacionadas con el conflicto. Según el Protocolo Adicional a los Convenios de 1949 y otros, se prohíbe inutilizar y atacar obras indispensables para el mantenimiento de la población civil como las reservas de agua y las instalaciones para de ella surtirse. Lo cual será de vigilancia de los organismos de asistencia humanitaria.

6.1.4 En el Derecho internacional público ambiental

A partir de la publicación “la primavera silenciosa”²⁴ que introdujo las bases de la ecología moderna, los Estados comenzaron a implementar una serie de medidas jurídicas para la protección del medio ambiente, que en materia internacional han hecho parte del derecho público.

La protección de las aguas se ha presentado en diversos cuerpos, sin que esté necesariamente relacionada con el derecho que nos ocupa, ya que vigila y cuida el recurso hídrico *per se*, entre estos se destacan:

- a) En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en 1972 se reconoció que las condiciones de vida adecuadas son un derecho humano, entre las cuales podemos incluir el acceso al agua apta para consumo.
- b) A su vez la declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en 1977, estableció que en 1990 la humanidad debería contar con los servicios de agua y saneamiento, lo cual implicaba un una serie de acciones positivas por parte de los Estados.
- c) La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Naciones Unidas insistió sobre la importancia de asumir y enfrentar la escasez del agua, así como su utilización insostenible. A su vez proclamó por la consideración del recurso hídrico como un bien económico, finito y fundamental para la vida del hombre por tanto solicitó mecanismos de participación para la toma de decisiones sobre sus cuestiones.
- d) La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo como marco primario del Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible o Agenda XIX, el Convenio sobre Diversidad Biológica, Cambio Climático, la Declaración de Principio de los Bosques entre otros, vinculó la visión ambiental de los recursos naturales a los derechos humanos entendiendo por estos últimos la condición bajo la cual se desarrolla el hombre y la calidad de vida.
- e) La Agenda XIX establece a su vez que el suministro de agua dulce a la totalidad de la población acorde con sus necesidades básicas debe ser una meta global.

persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

²¹ Cuarto Convenio de La Haya de 1907, artículo 22 del anexo.

²² O “todas aquellas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio exterior” Véase el artículo segundo de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD).

²³ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), de 1949.

²⁴ CARSON, Rachel. Silent Spring. Mariner Books, Boston. 2002.

- f) En el derecho marítimo también encontramos las siguientes manifestaciones sobre la protección de los recursos hídricos que estarían relacionadas con la disponibilidad: la Convención de Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997, las Reglas de Helsinki de 1996 entre otros.
- g) En 2002, en Johannesburgo, mediante los resultados de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, se trataron como aspectos principales el acceso al agua potable y el saneamiento básico por cuanto representan un modo de calidad de vida sostenible. Por tanto, fue la oportunidad de adoptar compromisos ciertos y concretos en la ejecución de la Agenda XXI y en general del desarrollo sostenible.

Adicionalmente, se planteó la necesidad de garantizarle a más de cien millones de personas que no cuentan con agua potable el DHA y proveerlos de igual manera del saneamiento básico adecuado. “En esta cumbre se refleja un consenso internacional en el sentido de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho fundamental”.²⁵

6.4. Nacional

En Colombia las aguas se encuentran reguladas en diversas normas, unas para las marítimas, otra para las continentales, otras para las lluvias y atmosféricas y así sucesivamente, lo cual contempla una falta de integralidad del régimen entre el cual se desenvuelve el derecho objeto de estudio.

Por otra parte, el DHA se encuentra consagrado de manera adscrita en la Constitución Política de Colombia, en las normas del derecho ambiental y en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Veamos:

6.4.1. De la adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia de 1991

Como se dijo en páginas anteriores, el DHA en Colombia no se encuentra expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, por tal razón corresponde ahora el estudio de las maneras o formas²⁶ de vinculación con nuestra norma *ius fundamental*: la inmersión en el bloque de constitucionalidad, tener conexidad con otros derechos fundamentales y tratarse de un derecho subjetivo innominado.²⁷

6.4.2. En el bloque de constitucionalidad

A partir de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución que rezan:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes,

no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Es posible observar que la lista de derechos fundamentales de la Carta de 1991 no es taxativa o limitante y por ende se encuentran en ella inmersos los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y otros. Esta figura se conoce como bloque de constitucionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al ser un instrumento que contempla derechos humanos que no pueden ser limitados en estados de excepción, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. La Defensoría Del Pueblo propone que, las observaciones del Comité al ser las interpretaciones oficiales del Pacto, tendrán igual suerte y harán parte de nuestro ordenamiento por adscripción²⁸ ya que son preceptos internacionales que poseen la posibilidad de modificar el actuar de los Estados, bien sea por pertenecer a clasificaciones especiales de países garantistas, costumbre como fuente del derecho y otros.

Dicho bloque en palabras de la Corte posee dos ópticas. La primera denominada *strictu sensu*, conformada por principios y normas de valor constitucional que se reflejan en el texto *ius fundamental* y los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en los estados de excepción²⁹. La segunda o *lato sensu* comprendida por normas de diversa jerarquía que permiten realizar control de constitucionalidad como tratados internacionales, incluidos los limítrofes, las leyes orgánicas y las estatutarias³⁰.

De ahí que, el contenido del bloque no se limite únicamente a lo visto. En diversas sentencias de la Corte Constitucional se han contemplado como parte del bloque de constitucionalidad, el derecho a la protección de la mujer embarazada³¹, los convenios de la OIT³², los derechos sociales³³, los derechos de los niños, algunos principios procesales como el debido proceso y la presunción de inocencia³⁴, los derechos de las víctimas del desplazamiento interno forzado, el agua para consumo humano directo³⁵ y otros. Por tanto el DHA, hace parte del bloque también por inclusión directa por parte de la jurisprudencia constitucional³⁶.

²⁸ Sin embargo se encuentra en la doctrina que establece que las observaciones no hacen parte del ordenamiento interno ya que se tratan únicamente de criterios de interpretación o hermenéuticos para la validez el alcance de los preceptos constitucionales.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994. M. P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

³² Tales como los contemplados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Protocolo de San Salvador, los de la OIT entre otros. Véase: Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999. M. P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁵ La Corte en Sentencia T-381 de 2009 y otras, refiere el derecho al agua para consumo humano, como un derecho reconocido en tratados internacionales -que se estudiaran en capítulos posteriores- integrándolo así en el bloque de constitucionalidad.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2007. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

²⁵ Defensoría del Pueblo. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” Prosedher. Bogotá. 2005.

²⁶ Véase criterios clásicos para determinar la existencia de derechos fundamentales en Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ De lo que se verá en este aparte que podría predicarse un criterio adicional del DHA y sería la expresa consagración como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, no existe duda alguna que el DHA es uno fundamental que hace parte de nuestro ordenamiento interno, en otras palabras, el contenido normativo del derecho y por ende de las obligaciones del Estado para realizarlo se encuentra basado primordialmente en el concepto de bloque de constitucionalidad³⁷ Adicionalmente, encontramos que el DHA por estar en el bloque goza de la regla hermenéutica de favorabilidad, mediante la cual, no se puede restringir el ejercicio del derecho fundamental en virtud de disposiciones internas que le sean contrarias³⁸.

6.4.3. Los derechos fundamentales por conexidad

La adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia también puede observarse por una figura denominada “conexidad”, mediante la cual algunos derechos adquieren el carácter de fundamental por su relación con estos.

Esta es la relación que se predica del agua de manera permanente con la vida y la salud de las personas, cuando sea utilizada de manera directa para consumo humano. Es decir:

- a) El derecho al agua es fundamental cuando esté destinada al consumo humano, ya que solo en este evento estará en conexión con la vida digna y la salud;
- b) Por ende la acción de tutela será la llamada a la protección del DHA y desplazará a la acción popular. No lo será en cambio cuando el agua esté destinada a usos como el industrial y el agropecuario;
- c) Dicha acción de tutela podrá ser interpuesta contra autoridad pública como contra cualquier particular que afecte el derecho;
- d) “De conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y domésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella”³⁹.

Por ende el agua por su relación con la vida y la salud es un derecho fundamental por conexidad y de esta manera se encuentra también adscrito a la norma *ius fundamental*.

6.4.4. Por expresa consagración de la jurisprudencia constitucional

Para tratar la cuestión se cita y seguirá a la Corte Constitucional en Sentencia T-418 de 2010 ya que lo desarrolla ampliamente.

“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 Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto”⁴⁰.

La Corte narra como la Constitución se decretó, sancionó y promulgó con el fin de asegurar a los colombianos la vida, la justicia y la igualdad, organizando un estado social de derecho fundado en cuatro pilares: el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

Por ende se fijaron como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos de la Constitución sin discriminación alguna; el saneamiento ambiental a cargo del Estado, el derecho a gozar de un ambiente sano y “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

Terminando por concluir que “El derecho al agua, por tanto es un derecho constitucional complejo que se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años, en especial, en atención a la importancia que el mismo tiene como presupuesto de los demás derechos fundamentales y del desarrollo. El derecho al agua está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales. De hecho, la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de este tipo de derechos. Pero esta es una cuestión que la Sala tan solo menciona y no entra a analizar, por no ser relevante para la solución del problema jurídico concreto”⁴¹.

6.4.5 En el Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Los artículos primero y segundo de la Constitución Política de 1991 disponen que Colombia es un Estado Social de Derecho y por ende reconoce, consagra y respeta los derechos y garantías de los ciudadanos, entre ellos el DHA. Más aun, es un fin esencial del Estado garantizar su ejercicio, mediante los servicios públicos domiciliarios⁴² que son acueducto, alcantarillado, aseo, gas y energía eléctrica, donde los dos primeros tendrán nuestra mayor atención.

En palabras de la Corte Constitucional “La realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de este para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas”⁴³.

El sistema de prestación de los servicios permite que sean llevados a cabo tanto por particulares como por el Estado. En este sentido podrán prestarlo únicamente⁴⁴ las sociedades por acciones, las organizaciones autorizadas, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios de manera directa⁴⁵ cuando no exista particular dispuesto a hacerlo.

³⁷ Defensoría del Pueblo. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” Prosedher. Bogotá. 2005. Página:

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1997. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Dijo en su momento la Corte “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia no los reconocen o los reconoce en menor grado”.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T - 381 de 2009. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T- 818 de 2009. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Son domiciliarios por cuanto se entiende que deben llevar de manera efectiva a la residencia de las personas, lo cual tiene como excepción en acueducto: la venta de agua en bloque y la prestación por pilas públicas.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-636 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁴ Artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994

⁴⁵ Los municipios podrá prestar los servicios siempre y cuando agoten el procedimiento descrito en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994.

7. Alcance del 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”⁴⁶. 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”⁴⁷ 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 Constitucional⁴⁸.

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 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”⁴⁹.

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”⁵⁰ 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 agua⁵¹.

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 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.

⁴⁶ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

⁴⁷ 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>

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

⁵⁰ http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

⁵¹ ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

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”⁵².

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 este 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”⁵³. La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es necesario “estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso”⁵⁴.

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

⁵² Artículo 334. Constitución Política de Colombia.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

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 la gestión del agua y el saneamiento”⁵⁵.

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
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 336 de la Constitución Política de Colombia

Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso, se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

De los honorables Congresistas,

De los Honorables Congresistas,

Angélica Lozano Correa
 Senadora de la República
 Alianza Verde

Carlos Eduardo Cervera
 Senador de la República
 Partido MIRA

Paloma Valencia
 Senadora de la República
 Centro Democrático

Sandra Ortiz
 Senadora de la República
 Alianza Verde

Catalina Ortiz
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Aída Avella
 Senadora de la República
 Unión Patriótica

Rodrigo Lara
 Senador de la República
 Cambio Radical

Luis Grisales
 Representante a la Cámara
 Partido Liberal

Harry González
 Representante a la Cámara
 Partido Liberal

Juanita Goebertus
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Julián Gallo
 Senador de la República
 FARC

Juli Aspírrita
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Antanas Mockus
 Senador de la República
 Alianza Verde

Katherine Miranda P.
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Mauricio Toro
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Fabían Díaz
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

Juan Luis Castro
 Senador de la República
 Alianza Verde

Wilmer Leal
 Representante a la Cámara
 Alianza Verde

⁵⁵ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARIA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2019

Señor Presidente

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2019 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaria General del Senado de la República por los Honorables Senadores *Angélica Lozano Correa, Paloma Valencia Laserna, Carlos Eduardo Guevara Villabón, Sandra Lilibiana Ortiz Nova, Aída Avella Esquivel, Julián Gallo Cubillos, Juan Luis Castro Córdoba, Iván Marulanda Gómez, Alexander López Maya, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Iván Name Vásquez, José Aulo Polo Narváez, Jorge Eduardo Londoño Ulloa, Wilson Neber Arias Castillo, Jorge Enrique Robledo Castillo, Feliciano Valencia Medina, Pablo Catatumbo Torres, Iván Cepeda Castro, Jesús Alberto Castilla Salazar*; honorables Representantes *Catalina Ortiz Lalinde, Luciano Grisales Londoño, Harry Giovanni González, Juanita María Goebertus Estrada, Inti Raúl Asprilla Reyes, Katherine Miranda Peña, Mauricio Andrés Toro Orjuela, Fabián Díaz Plata, David Ricardo Racero Mayorca, María José Pizarro Rodríguez* y otras firmas. La materia de qué trata el mencionado proyecto de acto legislativo, es competencia de la Comisión **Primera** Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Julio 24 de 2019

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de Acto Legislativo a la Comisión **Primera** Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

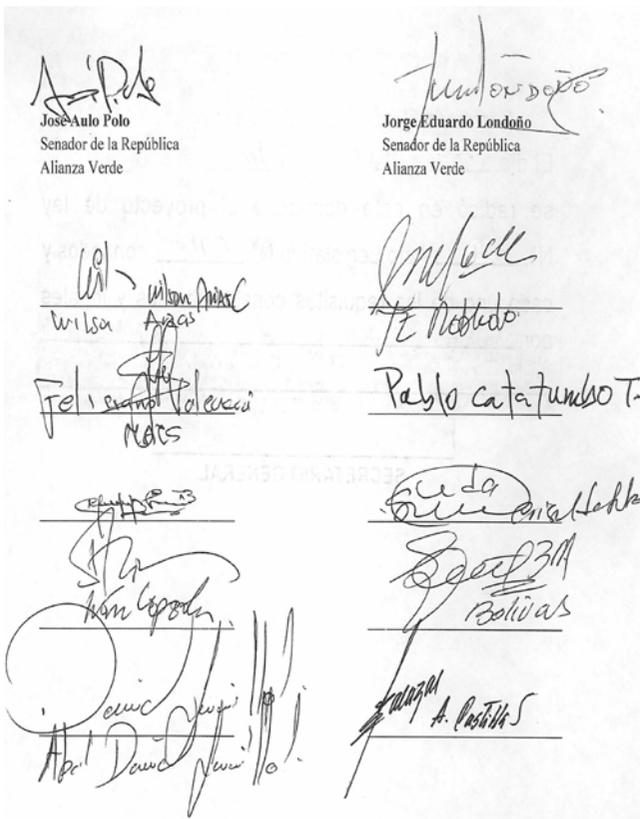
Cumplase,

El Presidente del honorable Senado de la República,

Lidio Arturo García Turbay.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.



SENADO DE LA REPÚBLICA
Secretaría General (Art. 133 y ss Ley 5ª de 1992)
El día 24 del mes Julio del año 2019
se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº. 0 Acto Legislativo Nº. 011, con todos y
cada uno de los requisitos constitucionales y legales
por: *Angélica Lozano, Carlos Eduardo Guevara Villabón, Sandra Lilibiana Ortiz Nova, Aída Avella Esquivel, Julián Gallo Cubillos, Juan Luis Castro Córdoba, Iván Marulanda Gómez, Alexander López Maya, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Iván Name Vásquez, José Aulo Polo Narváez, Jorge Eduardo Londoño Ulloa, Wilson Neber Arias Castillo, Jorge Enrique Robledo Castillo, Feliciano Valencia Medina, Pablo Catatumbo Torres, Jesús Alberto Castilla Salazar, Katherine Miranda Peña, Mauricio Andrés Toro Orjuela, Fabián Díaz Plata, David Ricardo Racero Mayorca, María José Pizarro Rodríguez, Inti Raúl Asprilla Reyes, Juanita María Goebertus Estrada, Harry Giovanni González, Luciano Grisales Londoño, Catalina Ortiz Lalinde, Iván Cepeda Castro, Iván Name Vásquez, y otras firmas.*
SECRETARIO GENERAL

CONTENIDO

Gaceta número 680 - Viernes, 2 de agosto de 2019
SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.
PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS
Proyecto de Acto legislativo número 09 de 2019 Senado, por medio del cual se crea el Servicio Social para la Paz y se dictan otras disposiciones. 1
Proyecto de Acto legislativo número 10 de 2019 Senado, por medio del cual se garantiza la aplicación de la silla vacía a partidos políticos corruptos... 10
Proyecto de Acto legislativo número 11 de 2019 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia..... 13