



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 812

Bogotá, D. C., lunes, 2 de septiembre de 2019

EDICIÓN DE 20 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

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL 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.

Doctor

SANTIAGO VALENCIA

Presidente Comisión Primera

Honorable Senado de la República

E. S. M.

Referencia: 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.

En los siguientes términos rindo ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo de la Referencia, conforme a la designación como ponente realizada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de Senado.

ANTECEDENTES DEL PROYECTO

Este proyecto de ley fue presentado por los honorables Senadores Iván Cepeda Castro, Alexander López Maya, Antonio Esmerid Sanguino Páez, Feliciano Valencia, Alberto Castilla Salazar, Julián Gallo Cubillos, Pablo Catatumbo Torres Victoria, Griselda Lobo Silva, Victoria Sandino Simanca, Aída Yolanda Avella Esquivel y por los Honorables Representantes: Carlos Carreño y María José Pizarro Rodríguez, el 24 de julio de 2018. Mediante Acta número MD – 01 del día 13 de agosto de 2019 fui designado como ponente para primer debate.

Esta medida legislativa fue retomada tanto en su articulado como en su exposición de motivos de la iniciativa contenida en el Proyecto de Acto Legislativo 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 Évelis 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 Casaloma 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 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, Omar 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 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, el 17 de diciembre de 2018 de acuerdo con lo pautado en el artículo 375 de la Constitución Política y el artículo 234 de la Ley 5ª de 1992.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

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

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

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. En el escenario de un posible acuerdo de paz, 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 aras de vincular de manera más activa a la ciudadanía en la construcción de paz, particularmente a los jóvenes, es 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 hacerlos partícipes en la construcción y consolidación de la paz, mediante un Servicio Social para la Paz, el cual les permita aportar en diversos ámbitos de la vida política, social y cultural del país. Esta propuesta está en consonancia con los propósitos gubernamentales expresados por el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, quien ha manifestado públicamente que su gobierno va a permitir que los jóvenes cumplan con sus deberes ciudadanos con opciones distintas a la del servicio militar. En efecto, el Presidente señaló lo siguiente: *“Lo que voy a hacer es que el servicio militar obligatorio lo convierto en un servicio social para todos los colombianos. No importa el estrato. Eso lo vamos a implementar, después de que terminemos este conflicto”*².

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 propone 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.

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

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

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

*La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”*⁶.

Ahora bien, la Constitución Política reconoce en el artículo 1° 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. Asimismo, 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, como el caso de las detenciones arbitrarias con fines de reclutamiento, en operativos como redadas con fines de reclutamiento, y otras violaciones al debido proceso de reclutamiento consagrado en la Ley 48 de 1993. De igual forma, esta corporación se ha pronunciado para proteger los derechos de personas que por ley están exentas de prestar el servicio militar o están incurso en las causales de aplazamiento y aun así han sido obligadas a prestar el servicio¹⁰. Incluso, ha intervenido

⁶ *Ibíd.*

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, pronunciando que ratificó en la Sentencia T-455 del 2014.

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

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 y culturales, con un enfoque pedagógico de esta.

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 por 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 seis 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

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 8 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.

*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 víctimas¹⁵” (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, 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 abrirle 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. 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 quedó consignada en el actual Plan Nacional de Desarrollo, el cual permite

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

¹³ *Ibíd.*, página 321.

¹⁴ *Ibíd.*, página 321.

¹⁵ *Ibíd.*, página 401.

¹⁶ *Ibíd.*, 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>

que el Estado colombiano envíe a los jóvenes a guerras externas¹⁸, disposición que no es coherente con el proceso de paz en curso y que contradice las recomendaciones hechas por las entidades del Estado y los anuncios que sobre este tema ha hecho el Presidente de la República.

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, también lo es, 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, con fundamento en el derecho fundamental de objeción de conciencia¹⁹. 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. Es por ello que se propone brindarles alternativas distintas a los jóvenes que, por diversas razones, no deseen tomar las armas.

Revisando la experiencia internacional, vemos como cerca de 43 países en el mundo han optado por transformar el 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 armas²⁰.

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

El objetivo de este proyecto de acto legislativo es establecer los fundamentos para la creación del Servicio Social para la Paz. Este proyecto no desarrolla el Servicio Social para la Paz, el cual deberá ser reglamentado posteriormente por la ley, solo crea y establece sus principales características, como a continuación se expone:

- 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 podría 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 de la guerra.
- 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.

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

²⁰ [1] Docsetools. *¿Servicio militar¿* (En línea). Sin fecha, (25 de febrero de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1GuszrR>. 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°.

- Servicio social para la pedagogía de la paz en entidades educativas formales e informales.
- Servicio social para la refrendación y el cumplimiento de los acuerdos en los procesos 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.

Una de las modalidades que se proponen como Servicio Social, está circunscrita al proceso de paz actualmente en curso: “*Servicio social para la refrendación y el cumplimiento de los acuerdos en los procesos de paz*” y tiene por sustento la exigencia de materializar el deber de construir y aportar al mantenimiento de la paz. Por ello, y aunque el propósito de este proyecto de acto legislativo es más amplio y no está necesariamente ligado al resultado de las negociaciones de paz (ya que la iniciativa tendría vigencia en cualquier tiempo), el servicio social para la paz podría desarrollarse, en una de sus modalidades, en el apoyo a la materialización de los acuerdos que se generen en los procesos de paz con grupos armados. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el marco de la superación del conflicto armado, el Servicio Social para la Paz puede ser un mecanismo a través del cual los jóvenes pueden participar y aportar a la construcción de una cultura de paz.

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 Carta 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 por el logro y mantenimiento de la paz. Del mismo modo, la construcción de la paz se puede dar 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 dispone como obligación de las personas y de los ciudadanos, 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 debe continuar su desarrollo para concretar nuevas realidades y ampliar las opciones para que los jóvenes contribuyan a la construcción de paz y amplíen sus posibilidades de participación en la vida social, política y cultural del país.

4.2 Desarrollo jurisprudencial

Las disposiciones contenidas en la Ley 48 del 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 literal b) (a excepción del parágrafo) 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.

No es necesario el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas, logren eficazmente ese fin. En este punto, es particularmente importante para la decisión de la Corte el hecho de que el privilegio otorgado por la disposición acusada no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad realizada por el bachiller que presta el servicio militar. En efecto, las pruebas del Icfes tienen como único objetivo la medición de la preparación académica de los alumnos que terminan sus estudios secundarios, con el fin de establecer un punto de referencia para el ingreso a las instituciones de educación superior. El único criterio relevante en relación con dichas pruebas es, por tanto, la competencia académica del bachiller. En consecuencia, no se entiende cómo la prestación del servicio militar, que es una actividad que, aunque contribuye al logro de valiosos objetivos sociales, no tienen una finalidad académica, pueda implicar para quienes en ella participan un beneficio de esta índole. Es por esto por lo que la Corte no comparte la opinión de los ciudadanos intervinientes y del Ministerio Público, cuando afirman que ese beneficio es una *¿compensación?* por la prestación del servicio militar, pues la naturaleza de aquella y de esta son completamente diferentes.

Finalmente, aceptar el trato desigual establecido por la norma implicaría no solo desnaturalizar las pruebas del Icfes, sino introducir un trato desigual desproporcionado contra los candidatos a ingresar a un centro de educación superior que, por cualquiera de los motivos establecidos en la misma Ley 48 de 1993, no han prestado el servicio militar. La falta de proporcionalidad es evidente si se ponderan el fin perseguido por el trato desigual y los principios sacrificados por su aplicación. La prerrogativa otorgada por la disposición demandada busca la satisfacción de un principio constitucionalmente relevante, representado en las funciones que corresponden a las Fuerzas Armadas (artículos 216, 217 y 218 C. P.); sin embargo, implican el sacrificio de principios elevados a la categoría de derechos fundamentales, particularmente el derecho a la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Carta, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica... (cursivas fuera del texto).

Para esta Corte, no cabe duda de que la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada. Esta disposición, en fin, produce en la práctica un perjuicio injustificado a las personas que la misma Ley 48 de 1993 autoriza a no prestar el servicio militar, entre ellas las mujeres (artículo 10), los varones descartados por el sistema de sorteo (artículo 19) y los varones exentos del cumplimiento de ese deber (artículo 28).

Por todo lo anterior, la Corte declarará inexecutable el artículo 40, literal b), de la Ley 48 de 1993, a excepción del párrafo, que no fue demandado y que no contradice la norma superior, observando, eso sí, que tal declaración no significa que esté constitucionalmente prohibido al legislador establecer ciertas prerrogativas, a manera de estímulo, para los bachilleres que presten servicio militar, siempre que ellas satisfagan condiciones como las que la Corte señala en el presente fallo y que se echan de menos en el caso sublite”.

En la Sentencia C-478 de 7 de julio de 1999, con ponencia de la Magistrada Martha Victoria Sáchica 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 solo 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 exequibilidad 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, y de acuerdo con las siguientes consideraciones:

“4.4. Resulta innegable que la prestación del servicio militar obligatorio impone una separación en la vida diaria entre los padres y el hijo que acude a prestarlo. Por su propia índole, tal separación implica una afectación de carácter psicológico que, cuando se trata del hijo único, adquiere una mayor relevancia, pues en tal caso el progenitor o la progenitora que convivía con él queda forzado a la soledad, con las implicaciones de desprotección que de allí pueden derivar.

En razón de ello, la exención que se establece por el artículo 28, literal c) de la Ley 48 de 1993, para exonerar de la prestación del servicio militar al hijo único, resulta acorde con los principios de razonabilidad y equidad que deben siempre acompañar la expedición de las normas jurídicas, y no constituye una violación de preceptos constitucionales, pues su finalidad, como se ha visto, se ajusta a las prescripciones de la Carta Política.

Con todo, al establecer tal exención solo con respecto al hijo único de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera, la norma incurre en una discriminación no justificada ni razonable respecto del varón (viudo, divorciado, separado o soltero) que se encuentre en las mismas circunstancias fácticas, tenidas en cuenta por la norma que se acusa para establecer esa exención, lo cual se aparta de lo estatuido en los artículos 5°, 42, 43 y 13 de la Constitución.

Así mismo, no es constitucional establecer, para la exención del hijo único hombre o mujer, que provenga de un matrimonio o de una unión permanente, pues el legislador no puede desconocer la procedencia de hecho o, en fin, por vínculos naturales.

*Por tanto, en este caso pese a que solo se demandó la expresión *mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera*, la Sala completará la proposición jurídica y declarará **INEXEQUIBLE** el enunciado *¿de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera*; contenido en el literal c) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, de manera que este quedará El hijo único, hombre o mujer.*

5.1. *El artículo 28, literal g), de la Ley 48 de 1993 establece la exención al deber de prestar el servicio militar en tiempo de paz, para los casados que hagan vida conyugal.*

Como ya se dijo, conforme al artículo 5° de la Constitución la protección a la familia, como institución básica de la sociedad, es uno de los principios fundamentales de la Carta; de acuerdo con el artículo 42 superior, aquella se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Es decir, la familia no surge solamente del vínculo matrimonial y constitucionalmente tiene el mismo reconocimiento la que directamente se conforma en ejercicio de la libertad, sin acudir expresamente a una declaración formal.

Es claro que la protección de la familia ha de darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial [4], pero también si nace sin el formalismo, pues la Constitución ordena darle igual amparo a la familia, constituida por la decisión responsable y libre de un hombre y una mujer, sin discriminación en razón de su enlace.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en un reciente pronunciamiento[5], la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que ‘la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una especie de estado civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, no es algo que sea externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas, es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, con cierto status jurídico en la familia y la sociedad, estado que, como lo dicen los hermanos Henry, León y Jean Mazeaud, ¿está unido a la persona, como la sombra al cuerpo. Más estrechamente todavía. Es la imagen jurídica de la persona’ [6]”.

Por consiguiente, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de la exención para prestar el servicio militar contenida en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, en el entendido de que también se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley”.

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 se declaró exequible el inciso 2° del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, soportada en las siguientes disquisiciones:

“Resta por analizar la constitucionalidad del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, este precepto tiene el siguiente tenor: Los remisos podrán ser compelidos por la Fuerza Pública, en orden al cumplimiento de sus obligaciones militares, previa orden impartida por las autoridades del Servicio de Reclutamiento. Para su correcto entendimiento es preciso aclarar que según el inciso

primero del mismo literal los remisos son quienes habiendo sido citados a concentración no se presentaron en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, lo que implica que previamente debieron haberse inscrito y ya superaron los exámenes de aptitud psicofísica y el sorteo.

El artículo 50 del Decreto número 2048 de 1993 precisa las condiciones en que los remisos son compelidos y señala que “Para los efectos del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, la orden impartida por las autoridades de Reclutamiento se hará efectiva mediante la utilización de patrullas que conducirán a los remisos para ser incorporados de conformidad con la ley (...)”.

Ahora bien, en este caso encuentra esta Corporación que se trata de un supuesto por completo diferente al señalado en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 pues supone que el ciudadano ya se inscribió para definir su situación militar y surtió la mayoría de las etapas previstas en el mismo cuerpo normativo, pues superó las pruebas de aptitud psicofísica, luego el sorteo y posteriormente fue citado para concentración e incorporación, pero no asistió en la fecha y hora indicados por las autoridades de reclutamiento. Dichas autoridades mediante una orden individualizan al remiso y ordenan su conducción para su incorporación a prestar el servicio.

En este caso se trata de una restricción momentánea de la libertad mientras el remiso se incorpora a filas, que se prolonga durante el término en que es conducido al lugar de concentración e incorporación y, por lo tanto, no configura de una detención arbitraria practicada sin previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En esa medida habría lugar a examinar si se trata de una restricción proporcional de los derechos fundamentales en juego.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad que se adelanta a continuación solo tiene como referencia los cargos examinados en la presente decisión, es decir, la limitación de la libertad de circulación y de la libertad personal no guarda relación con otras eventuales restricciones de derechos fundamentales o con los asuntos relacionados con la objeción de conciencia.

Al respecto cabe señalar que la medida persigue una finalidad constitucionalmente legítima cual es la de hacer cumplir la obligación de prestar el servicio militar, la cual como se plasmó en un acápite precedente tiene fundamento en el artículo 216 constitucional y en otros principios y valores consagrados en el texto de la Constitución. Resulta además adecuada para conseguir tal propósito pues la efectiva conducción del remiso al lugar de concentración para proceder a su incorporación a filas resulta idónea para cumplir con dicha finalidad.

Sobre la necesidad de la medida habría que señalar que en principio existen otras menos gravosas de la libertad personal y de la libertad de locomoción que pueden resultar idóneas para la misma finalidad, tales como la imposición de multas, pero esa medida ya está prevista en el artículo 42 de la misma ley, el cual señala que “los infractores contemplados en el literal g), serán sancionados con multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cada año de retardo o fracción, sin exceder 20 salarios”, la conducción del remiso es por lo tanto una medida adicional a la multa y desde esta perspectiva es claro que no puede ser reemplazada por la misma y que no existe una previsión que tenga el mismo grado de eficacia y efectividad para que el remiso se incorpore a filas y cumpla con la obligación constitucional a su cargo.

Finalmente resulta proporcionada en sentido estricto, pues si bien la jurisprudencia de esta Corporación concede un elevado peso abstracto a la libertad personal y a la libertad de locomoción –como se plasmó en el acápite tercero de esta providencia– también le ha dado una gran relevancia constitucional al deber de cumplir con el servicio militar obligatorio “al cual ya se hizo previa referencia”, y mientras que la conducción del remiso solo implica una restricción momentánea de sus libertades es claramente pertinente para que cumpla con la obligación de prestar el servicio militar, de lo que finalmente resulta una afectación moderada de la libertad personal y de la libertad de locomoción y un grado alto de satisfacción de la obligación de cumplir con el servicio militar de quien ha sido declarado remiso.

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 el mismo sentido la Sentencia número C-728 de 2009 en cuyo contenido se explicita 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 sinceras²¹”.

Como se observa anteriormente, 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 la conducción de los conscriptos para la prestación del servicio militar obligatorio²².

La Corte 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. Como señala la actual coyuntura del país, este proyecto es indispensable para la paz.

4.3 Marco internacional

Las experiencias internacionales han señalado que los marcos jurídicos no se pueden constituir en cuerpos estáticos que nieguen la posibilidad de la paz duradera a una determinada sociedad. Es significativo que la experiencia internacional sobre contextos de transición tras conflictos armados y los cuerpos jurídicos que se desprenden de ellos, caracterizan el deber y el derecho a la paz como dotado de un espíritu superior a los preceptos relacionados a la organicidad estatal. En virtud de lo anterior, el servicio militar obligatorio se ha convertido en un deber relativo en países que han hecho tránsito a la paz.

Uno de dichos países es Serbia. Luego de confrontaciones políticas, religiosas y culturales de uno de los conflictos más sangrientos de finales del siglo XX, el cual dejó cerca de 100.000 víctimas entre civiles y militares y 1,8 millones de desplazados²³, 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 esta 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

²¹ Derecho del Siglo XXI, Arkhaios.com. *¿Un caso reciente de objeción de conciencia en sentencia de tutela?* (En línea). Sin fecha, (2 de marzo de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1GOV84Y>.

²² Acción de Tutela T-455 de 2014.

²³ Universidad Complutense de Madrid, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas Nómadas. *¿La geometría variable del poder en política exterior?* (En línea). Di-

objektaran 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 4.301 (Estatuto Militar Orgánico de 1901). Allí se consignó 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 en este país implicó una reconsideración sobre el papel que desempeñaba este servicio 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 en un caso de complicidad entre las fuerzas del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea, la Prefectura Naval y la justicia²⁴, pusieron 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 Inglés²⁵, el “Caso Carrasco”, en el que un joven de 18 años en 1994 fue asesinado por dos de sus compañeros instigados por un oficial²⁶, 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, lograron derogar el carácter obligatorio del servicio militar a través de la Ley 24.429, 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 1º: 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.

ciembre de 2015, (28 de marzo de 2015). Disponible en: <http://bit.ly/1BJqOVv>.

²⁴ Dandrea Mohr, Jose Luis. *¿El escuadrón perdido?* Editorial Planeta. ISBN: 9789507429620. Buenos Aires, Argentina. 2000.

²⁵ Kon, Daniel. *¿Los chicos de la guerra?* Editorial Galerna SRL. ISBN/ASIN: 9500561042. Buenos Aires, Argentina. 1982.

²⁶ Urien Berri, Jorge y Marín, Dante. *¿El último Colimba: el caso Carrasco y la justicia arrodillada?* Ediciones Temas de Hoy. Universidad de Texas. 1995.

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 y procedimientos, las prerrogativas que los y las jóvenes tendrían por su prestación y las condiciones que eximen 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.	La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. <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> <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, 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 la prestación del servicio militar (para todo efecto legal).</u>

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.

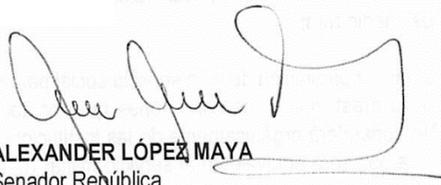
La siguiente es la propuesta de modificación:

Artículo 21 6 Constitución Política vigente	Propuesta de modificación artículo 216 Constitución Política
La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. 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 eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.	La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. <u>Los colombianos podrán tomar las armas cuando las necesidades públicas lo requieran para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.</u> <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 eximan de atender este llamado.</u>

PROPOSICIÓN

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicito a los honorables miembros de la Comisión Primera Constitucional del Senado dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo 09 de 2019 Senado, *por medio del cual se crea el servicio social para la paz y se dictan otras disposiciones*, conforme al texto propuesto.

Atentamente,



ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador República
Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE DEL 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:

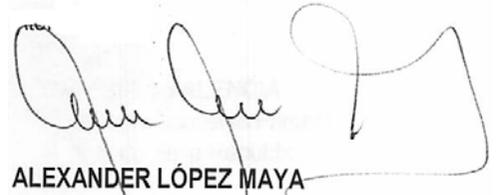
Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada, en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

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.

Atentamente,



ALEXANDER LÓPEZ MAYA
Senador República
Ponente.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL 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.

1. SÍNTESIS DEL PROYECTO

Para el ser humano¹, 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 finito², 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.

¹ 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.

² Debemos manifestar que se trata de un recurso que está sujeto a desgaste como consecuencia de su uso.

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 derecho³. 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. TRÁMITE DEL PROYECTO

Origen: Congresional

Autores de la iniciativa:

Honorables Senadores: *Angélica Lozano Correa, Carlos Eduardo Guevara Villabón, Paloma Susana Valencia Laserna, Sandra Liliana Ortiz Nova, Aida Yolanda Avella Ezquivel, Julián Gallo Cubillos, Juan Luis Castro Córdoba, Iván Marulanda Gómez, Alexander López Maya, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Iván Leonidas Name Cardozo, José Aulo Polo Narváez, Jorge Eduardo Londoño Ulloa, Wilson Arias Castillo, Jorge Enrique Robledo Castillo, Feliciano Valencia Medina, Pablo Catatumbo Torres Victoria, Manuel Bitervo Palchucan, Criselda Lobo Silva, Iván Cepeda Castro, Gustavo Bolívar Moreno, Abel David Jaramillo Largo, Jesús Alberto Castilla Salazar.*

Honorables Representantes: *Jorge Enrique Benedetti Martelo, David Ricardo Racero Mayorca, María José Pizarro Rodríguez, Abel David Jaramillo Largo.*

Proyecto publicado: *Gaceta del Congreso* número 680 de 2019.

3. COMPETENCIA Y ASIGNACIÓN

Conforme a lo expresado en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, a través del Radicado EI2019-98 del pasado 14 de agosto fue designada ponente en primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2019, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

4. OBJETIVO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Los objetivos concretos que persigue el Acto Legislativo número 11 de 2018 son:

- i) Delimitar, precisar el alcance y consagrar de manera expresa el derecho humano al agua, con prevalencia para el consumo humano y su función ecológica, como un derecho de protección constitucional, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto.
- ii) Acatar la orden emitida por la Corte Constitucional que indicó 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”⁴.
- iii) Subsanan el déficit de protección al derecho al agua establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-035 de 2016 en la que se pronunció sobre la protección de los ecosistemas de páramo y destacó que “existe un déficit normativo y regulatorio para cumplir con el deber constitucional de proteger las áreas de especial importancia ecológica, en este caso, los ecosistemas de páramo. Adicionalmente, el déficit de protección no sólo vulnera el derecho al ambiente sano, sino que también compromete el derecho fundamental al agua debido a que se desconoce la obligación del Estado de proteger las áreas de influencia de nacimientos, acuíferos y de estrellas fluviales”.
- iv) Establecer que el Estado colombiano garantizará la protección, y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico.

Para el cumplimiento de dichos objetivos, el artículo 11A reconoce: i) el derecho fundamental al agua de todas las personas en el territorio nacional, ii) el derecho al agua en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad conforme al principio de progresividad iii) el uso prioritario del agua para consumo humano, sin detrimento de su función ecológica y, iv) el deber del Estado de garantizar la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico.

5. IMPORTANCIA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General número 15⁵, 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 mecanismos⁶, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas, y de hecho, actualmente se encuentra adscripto a la Constitución Política⁷, 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

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-220 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Sobre este particular véase: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-764 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Que serán descritos adelante.

⁷ 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.

³ La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia. Disponible en línea, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4341/5069>

realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes”⁸.

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 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 han ocasionado daños ambientales irreversibles, especialmente en las zonas de páramos y aquellas afectadas por la explotación de recursos hidrocarburíferos. Considerando además que el Decreto 934 de 2013 fue declarado nulo⁹ por el Consejo de Estado en el

2018, y el Decreto 2691 de 2014 fue suspendido provisionalmente por la misma corporación¹⁰.

6. MARCO NORMATIVO

Los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Constitucional prevén un instrumento para integrar el derecho colombiano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Se trata del bloque de constitucionalidad, compuesto por normas y principios utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por haber sido integrados a la Constitución por mandato de la misma.

6.1 INTERNACIONAL

6.1.1. 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 indirecta¹¹ está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948¹², 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 Convención¹³ sobre los Derechos del Niño¹⁴, 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.

6.1.2 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, el número 15, el 12 y el 14.

ción Tercera. C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 11001032600020130016200 (49150).

¹⁰ Auto del 25 de junio de 2015 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C. P. Guillermo Vargas Ayala. Radicado 11001032400020150016300.

¹¹ 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

¹² Artículos 3° y 25.

¹³ 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.

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

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-220 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Sentencia del 2 de agosto de 2018 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sec-

La Observación General número 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 12¹⁵ del 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 por la Organización Mundial de la Salud, ii) la calidad vista en páginas anteriores, iii) la accesibilidad física, económica y no económica.

6.1.3 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 militares¹⁶ 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”¹⁷ 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 prisioneros¹⁸, 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”¹⁹ 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 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.
- 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

¹⁵ 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 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”

¹⁶ Cuarto Convenio de La Haya de 1907, artículo 22 del anexo.

¹⁷ 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).

¹⁸ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), de 1949.

¹⁹ CARSON, Rachel. *Silent Spring*. Mariner Books, Boston. 2002.

de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho fundamental.”²⁰

6.2 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:

6.2.1. 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 formas²¹ 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.²²

6.2.2 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 adscripción²³ 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 excepción²⁴. 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 estatutarias²⁵.

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 embarazada²⁶, los convenios de la OIT²⁷, los derechos sociales²⁸, los derechos de los niños, algunos principios procesales como el debido proceso y la presunción de inocencia²⁹; los derechos de las víctimas del desplazamiento interno forzado, el agua para consumo humano directo³⁰ y otros. Por tanto el DHA, hace parte del bloque también por inclusión directa por parte de la jurisprudencia constitucional³¹.

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 constitucionalidad³². 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 contrarias³³.

6.2.3. 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

²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” PROSEDHER. Bogotá. 2005.

²¹ Véase criterios clásicos para determinar la existencia de derechos fundamentales en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992. M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. M. P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

²⁷ 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.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1999 M. P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ 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 estudiarán en capítulos posteriores- integrándolo así en el bloque de constitucionalidad.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 2007. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

³² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” PROSEDHER. Bogotá. 2005. Página:

³³ 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”.

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”³⁴

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 adscripto a la norma *ius fundamental*.

6.2.4. 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.”³⁵

La Corte narra cómo 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 sólo menciona y no entra a analizar, por no ser relevante para la solución del problema jurídico concreto.”³⁶

6.2.5 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 domiciliarios³⁷ 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”³⁸.

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 únicamente³⁹ las sociedades por acciones, las organizaciones autorizadas, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios de manera directa⁴⁰ cuando no exista particular dispuesto a hacerlo.

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”⁴¹. Este objetivo de desarrollo sostenible, junto con los otros 16 objetivos, son una base para la construcción de una paz sostenible en nuestro país.

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”⁴².

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 del artículo 11A, 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,

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-381 de 2009. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 818 de 2009. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Son domiciliarios por cuanto se entiende que deben llegar 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.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-636 de 2000, M. P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

³⁹ Artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994.

⁴⁰ Los municipios podrán prestar los servicios siempre y cuando agoten el procedimiento descrito en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994.

⁴¹ Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos Disponible en línea, en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”⁴³ 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 agua⁴⁴. Siguiendo nuevamente la doctrina nacional⁴⁵:

“De las definiciones propuestas se vislumbra que los principales elementos del derecho humano al agua son aquellos que permiten la vida en condiciones dignas por parte de los asociados.⁴⁶ El DHA posee tres tipos de obligaciones principales de acuerdo con lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (siendo comunes a los derechos humanos): proteger, respetar y cumplir.

La obligación de proteger hace referencia al amparo del derecho frente a terceros que directa o indirectamente puedan afectarlo o disminuir su ejercicio. Por ende, se exige del Estado crear las medidas necesarias para su satisfacción, entre ellas, una normatividad que regule el comportamiento de las personas y, de esta manera, se impidan las posibles interferencias en el goce del derecho. En palabras de la Observación en cita, esta obligación implica “adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que “esta obligación implica (i) la adopción de medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua; (ii) demanda a los Estados impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables, cuando estos controlen los servicios de suministro de agua; y (iii) exige la promulgación de legislación en aras de la protección y funcionamiento eficaz del sistema judicial con el fin de resguardar el goce del derecho al agua potable frente a afectaciones provenientes de terceros”⁴⁷.

Por su parte, la obligación de respetar, en palabras de Rodríguez, Lozano y Gómez⁴⁸, implica directamente al Estado en el compromiso de no interferir en el disfrute del derecho al agua, bien sea de manera directa o indirecta, incluso en lo relativo a las formas autóctonas de distribución del recurso hídrico. Esto comporta la proscripción de ataques a la infraestructura de suministro, lo que representa en algún grado una intersección con el catálogo de prohibiciones previsto por el derecho internacional humanitario. Por ende, comprende las siguientes prohibiciones dirigidas al Estado: i) inmiscuirse en las formas tradicionales y culturalmente adecuadas de las comunidades en su gestión comunitaria del agua; ii) realizar cualquier práctica que restrinja su acceso; iii) contaminar o permitir la contaminación del

recurso; y iv) limitar el acceso a servicios, redes o infraestructura necesaria para el abastecimiento de las aguas⁴⁹.

Por último, la obligación de cumplir exige que el derecho sea reconocido en los mecanismos legales existentes y se traduzca y garantice a través de políticas públicas coherentes que permitan su pleno ejercicio. Para ello se requiere el cumplimiento de tres subobligaciones (facilitar, promover y garantizar), así descritas por el Comité en la Observación General No. 15:

“La obligación de facilitar exige que los Estados partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de promover impone al Estado parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de medios a su disposición”.

Efectuadas las anteriores precisiones, veamos entonces cada componente del derecho humano al agua:

7.1.1. Disponibilidad

Por disponibilidad se entiende, según el Diccionario de la Real Academia Española, la condición de estar lista para utilizarse, por ende, requiere que la cosa (en nuestro caso el agua) exista y se pueda usar. Teniendo en cuenta que el agua no se encuentra en todos los lugares de nuestra geografía nacional⁵⁰, será obligación del Estado diseñar los sistemas necesarios para su transporte a zonas que no cuentan con este líquido vital. Ahora bien, “que se pueda usar” requiere el cuidado de las aguas y el recibo de las mismas en cantidades suficientes y de manera continua, lo cual contempla los subcomponentes de la disponibilidad que son: sostenibilidad, continuidad y cantidad, que desarrollaremos a continuación.

7.1.1.1. Disponibilidad como sostenibilidad

La sostenibilidad de las aguas se garantiza a través de un ordenamiento jurídico dispuesto al cuidado, protección, preservación, conservación y recuperación de los recursos naturales. En Colombia ha sido regulado a través del derecho ambiental⁵¹ y es principalmente ejercido por las entidades que hacen parte del Sistema Nacional Ambiental. Esto con el fin de garantizar a los habitantes del territorio nacional y aquellos venideros (principio de responsabilidad intergeneracional procedente de la Declaración de Río de Janeiro de 1992⁵²), la existencia del recurso en condiciones adecuadas.

Sobre este punto, será entonces obligación del Estado⁵³ cuidar y proteger los recursos naturales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, ya que es “un

⁴³ Decenio del Agua: El derecho humano al agua y al saneamiento. Disponible en línea en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

⁴⁴ ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

⁴⁵ Gómez-Rey, A. y Rodríguez, G. El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios. Legis Editores. Bogotá, 2013.

⁴⁶ Como se ha venido planteando a lo largo del documento, el acceso al agua en condiciones de salubridad, ha sido entendido como un derecho fundamental, pues este permite la vida en condiciones dignas. Desde una perspectiva más amplia, el agua como elemento del ambiente también hace parte del derecho.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁸ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, LOZANO, Carlos y GÓMEZ REY, Andrés. La protección jurídica del agua en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

⁴⁹ Se debe hacer la siguiente precisión: En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el agua en el marco del conflicto debe ser respetada por todos los actores. En el Derecho Internacional Humanitario es obligación del Estado no interferir, como bien podría serlo, destruir los páramos o las tuberías.

⁵⁰ A manera de ejemplo en el Departamento de La Guajira.

⁵¹ Sobre este particular debemos resaltar que el artículo del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974), reza en su artículo 9° que el uso de los recursos y demás elementos ambientales deben ser utilizados en forma eficiente para lograr su máximo provecho.

⁵² En este sentido, existe un componente ético que implica responsabilidad no solo con las personas que actualmente tienen derecho. En consecuencia, el DHA debe garantizarse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

⁵³ Aunque los particulares también poseen la obligación de cuidado. Véanse los artículos 79, 80 y 95 de la Constitución Política de Colombia.

bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección⁵⁴.

7.1.1.2. Disponibilidad como continuidad.

La continuidad hace referencia a la regularidad con la cual se reciben las aguas. Esta frecuencia en el tiempo, deberá permitir la satisfacción de las necesidades básicas (humanas y domésticas) de las personas.

Así las cosas, “este subnivel obligacional insta al Estado a: (i) abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua; (ii) regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; (iii) garantizar que los establecimientos penitenciario y servicios de salud cuenten con agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas; y (iv) asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes⁵⁵”.

7.1.1.3. Disponibilidad como cantidad.

La cantidad hace referencia al volumen de agua recibida por las personas, el cual deberá ser suficiente para el mantenimiento de la vida y la salud. Por ende, las personas requerirán agua para consumo directo o bebida, preparación de alimentos y alimentación, aseo personal y doméstico y saneamiento básico.

Con relación a la disponibilidad como cantidad la Corte Constitucional ha señalado que, “el Estado está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional, entre otras cosas, a (i) abstenerse de privar a una persona del mínimo indispensable de agua; (ii) facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes; y (iii) garantizar que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada tengan acceso permanente a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje⁵⁶”.

Para lograrlo, se espera que el Estado adopte políticas públicas para promover el uso eficiente y el ahorro de agua⁵⁷, así como el efectivo cuidado del recurso hídrico a través de la interdisciplinaria rama del derecho ambiental.

7.1.2. Accesibilidad

La accesibilidad, de manera general implica tener en cercanías mediatas del hogar, lugar de trabajo, estudio o desenvolvimiento personal bien sea el agua o las instalaciones necesarias para su abastecimiento. Lo cual a su vez requiere que se haga sin discriminación alguna y con el acceso a la información suficiente. A su vez, la accesibilidad posee dos aspectos primordiales, el físico y el económico, que serán desarrollados a continuación.

7.1.2.1 Accesibilidad física

Dejaremos que la Corte Constitucional explique el componente así: la accesibilidad física hace referencia a que el agua y las

instalaciones de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En esta medida 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. Además, los servicios e instalaciones de agua deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, al ciclo vital, a la cultura y a la intimidad⁵⁸.

Para este alto tribunal, las principales obligaciones por parte del Estado son: (i) garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y para prevenir las enfermedades; y (ii) garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.

Aunado a lo anterior, el Estado también está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional a: (iii) abstenerse de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva; (iv) abstenerse de generar obstáculos que impliquen la inexistencia de los servicios públicos domiciliarios o impidan su prestación; (v) adoptar medidas para velar porque las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación; (vi) proporcionar o asegurar que los desplazados internos disfruten de libre acceso al agua potable; (vii) adoptar medidas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (viii) velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; (ix) adoptar medidas para velar porque se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas; (x) facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas; y (xi) brindar a las personas que no pueden acceder a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado los medios y condiciones adecuados para que satisfagan ellas mismas sus necesidades básicas⁵⁹.

7.1.2.2. Accesibilidad económica o asequibilidad

La asequibilidad, a su vez, hace referencia a que el agua o las actividades necesarias para su distribución puedan ser sufragadas por las personas en términos económicos, es decir, que sea posible pagar por ellas sin comprometer, amenazar o poner en peligro otros derechos como la alimentación, la educación, la vivienda, entre otros.

Al respecto, la Corte Constitucional⁶⁰ ha señalado que “el subnivel obligacional de accesibilidad conmina al Estado a: (i) abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua; (ii) abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (iii) impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables; (iv) establecer un sistema normativo para garantizar el acceso físico al agua en condiciones de igualdad y a un costo razonable, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento; (v) velar porque el agua sea asequible para todos; (vi) adoptar las medidas necesarias para que el agua sea asequible, se sugieren: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas. b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo. c) suplementos de ingresos; y (vii) garantizar que todos los pagos por suministro de agua se basen en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-632 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Adelante se observará cómo este punto ha sido abarcado por el derecho ambiental al contemplar la obligación de realizar programas para el uso eficiente y ahorro del agua.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ *Ibíd.*

públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”.

7.1.2.3. No discriminación

De acuerdo con el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos toda persona tiene los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Esto quiere decir que todas las personas tienen el derecho a estar libres de discriminación, así como de otras garantías como el DHA.

El derecho a la no discriminación implica entonces, la exclusión, restricción o preferencia por dichos motivos o por cualquier otra condición que tenga el propósito de afectar o deteriorar el goce completo del DHA y en especial, el derecho a altos índices de salud y de la calidad del agua, además del acceso y la disponibilidad de dicho recurso.

Bajo los anteriores preceptos, el grado de importancia del DHA hace que este sea reconocido a toda persona, sin excepción alguna. Es decir, las condiciones subjetivas de género, raza, religión, sexo, opción política, estratificación socioeconómica y otras no deben ser tenidas en cuenta al momento de garantizar el suministro y abastecimiento del agua. En palabras de la Observación General número 15, “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 internacionalmente”.

De aquí, que se espera un especial interés en la garantía del derecho al agua por parte de la población históricamente discriminada como la que habita la ruralidad, los refugiados, los desplazados y los pueblos indígenas.

7.1.2.4. Acceso a la información y participación

La participación es el derecho que tienen “(...) *todas las personas a conocer, intervenir e incidir en las decisiones respecto de actividades, obras o proyectos que involucren sus intereses* (...)”⁶¹ y como deber tiene dos acepciones, la primera como “(...) *la obligación del Estado a respetar otros derechos tales como el derecho a ser escuchado, al debido proceso y a obtener respuesta por parte de la Administración* (...)”⁶²; permitir y desarrollar espacios idóneos para su desarrollo y ejecución; así como la obligación o deber de los ciudadanos a coadyuvar en la toma de decisiones que a todos nos interesa como el ambiente.

La eficiencia de la participación está relacionada además con la información que es además un derecho fundamental. Dicho derecho “comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Así se debe tener el derecho de contar con sistemas de información adecuados y oportunos por medio de los cuales sea posible solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con el agua potable y el saneamiento básico”⁶³.

7.1.3. Calidad

Este componente hace referencia a las condiciones de pureza que debe mantener el agua para evitar afectaciones a la salud y la vida de las personas. De tal manera implica:

- Que las aguas para consumo humano o doméstico cumplan con parámetros de salubridad, es decir, que no posean microorganismos o sustancias fisicoquímicas que puedan afectar la salud de las personas, incluidos los olores, sabores o colores que impidan su uso personal o doméstico.

- El diseño y existencia de políticas públicas que permitan la medición o control de la calidad del agua, y
- Que las descargas que se realicen a las aguas, no contaminen las fuentes.

Para lograr garantizar la calidad, el Estado debe cumplir con las siguientes obligaciones: “(i) abstenerse de reducir o contaminar ilícitamente el agua; (ii) promulgar y hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua; (iii) garantizar a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley; (iv) adoptar medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de disposición de agua; (v) proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción; (vi) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados; (vii) velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas como componente de la higiene ambiental e industrial; (viii) garantizar que todos tengan acceso a servicios de tratamiento adecuados, para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable; (ix) garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para garantizar la realización del derecho a la salud pública; (x) llevar a cabo el manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos que protejan el medio ambiente y preserven la salubridad colectiva”⁶⁴.

En consecuencia, la calidad del agua debe permitir los siguientes usos: a) los personales, como el consumo humano, el saneamiento o evacuación de residuos orgánicos humanos; b) el lavado y aseo personal y doméstico; de ropa y accesorios personales, c) la conservación y preparación de alimentos; d) los vinculados como la producción de alimentos bien sea para explotación primaria o autoconsumo y aquellos que permitan evitar las enfermedades.

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.

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,

⁶¹ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y MUÑOZ ÁVILA, Lina Marcela. “La Participación en la Gestión Ambiental. Un Reto para el Nuevo Milenio”. Universidad del Rosario. Bogotá 2009.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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 en el acto legislativo anterior que fue archivado, 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”.

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

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

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

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

Asimismo, el documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 estableció que “El acceso a los servicios de Agua Potable y Saneamiento Básico (APSB) genera efectos positivos sobre el desarrollo económico, debido a que mantiene la salud y la productividad laboral, alcanzando relaciones de beneficio-coste de hasta siete a uno en países en desarrollo (Unesco, 2016). En contraste, y de acuerdo con diversos estudios, un limitado acceso a estos servicios guarda relación con poblaciones más propensas a una baja atención sanitaria y a un menor acceso a trabajos estables²⁰, lo que redundará en mayor pobreza y desigualdad para los habitantes urbanos y rurales. Por ello, se debe expandir la cobertura de APSB en zonas remotas y marginales, mediante el aprovechamiento de las nuevas tecnologías (Duque & Ramírez, 2018)”.

Adicionalmente las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 señalan que “Debido al crecimiento de la población y la presión de la demanda sobre la oferta de agua en algunas zonas del país, (medida por el índice del uso del agua²¹ y en concordancia con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 6, lograr el acceso universal al agua y saneamiento básico. Colombia deberá asegurar

el uso eficiente del recurso hídrico y garantizar la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en el largo plazo”.

Entre los datos presentados por el Gobierno se encuentra que “la provisión de agua y saneamiento básico en zonas rurales tiene en la gobernanza comunitaria la oportunidad para el necesario cierre de brechas con respecto al ámbito urbano²³ (mapa VIII-1). Además de las brechas en coberturas, el alto número de prestadores registrados en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) 2.507, de los cuales 2.436 atienden el 61,3% de los suscriptores de acueducto (SSPDa, 2017, pp. 10-11) dificulta el desarrollo de economías de escala, la vigilancia, el control y la posibilidad de asistencia técnica por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MinVivienda), especialmente a los que presentan baja eficiencia operativa y administrativa (DNP, 2014, p. 97)”.

Indicador	Línea base	Meta del Cuatrienio
Personas con acceso a soluciones adecuadas de agua potable (T)	44.214.643	47.2442.643
Personas con acceso a soluciones adecuadas para el manejo de aguas residuales (T)	42.221.155	45.501.155

Por otro lado, si revisamos los datos del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, podemos encontrar que el Gobierno no cumplió la meta establecida, en contraste con la línea base del 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 actualmente tiene previsto en su Plan Nacional de Desarrollo como meta a 2022 el aumentar el número de personas con acceso a agua potable y con acceso a una solución de alcantarillado en el país. A pesar de no haber cumplido la meta del anterior cuatrienio, mantiene la voluntad de aumentar el número de personas con acceso a estos servicios. 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.

8. IMPACTO FISCAL DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

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”.

9. CONSIDERACIONES DEL PONENTE

La normatividad colombiana debe reestructurarse para dar la importancia que merece el agua ya que sin ella será imposible nuestra supervivencia como especie. El derecho al agua debe estar incluido dentro de los derechos fundamentales de la Constitución Política por su conexión directa con los principios constitucionales, especialmente los relativos a vida y a la dignidad de la persona humana, que tienen una implicación inmediata sobre la seguridad alimentaria de la población. Lo anterior, debido a la necesidad de garantizar la eficacia directa del derecho y no depender casuísticamente para su protección del establecimiento de conexidad con otro derecho fundamental.

Por su contenido esencial, el derecho fundamental al agua no puede depender para su realización de la voluntad de mayorías políticas coyunturales; por la obligación de incorporar a la normatividad interna los mecanismos que hagan efectivos los compromisos asumidos por el Estado colombiano como parte de la comunidad internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1992, la Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco de 1997 y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo) de 2002.

Siguiendo nuevamente a la doctrina nacional⁶⁵:

“Sin embargo, aunque en estos momentos no se discute la integración del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido del mismo sigue siendo discutido. Como una primera opción interpretativa pudiésemos pensar que el derecho está inmerso tal cual fue conceptualizado por la Observación número 15, es decir, como explicamos con anterioridad. Sin embargo, algunos operadores jurídicos han entendido el derecho con variadas y curiosas significaciones. Véase a manera de ejemplo cómo la Corte Constitucional ha planteado que el agua puede constituir o un derecho o un servicio público domiciliario⁶⁶ confundiendo entonces que es un derecho humano que se recibe por los regímenes jurídicos: ambiental, el servicios públicos domiciliarios y posiblemente los distritos de riego⁶⁷ (Ubajoa, 2016; Gómez y Rodríguez, et. al). En otras palabras, es un derecho que puede ser garantizado por las ramas del derecho antes citadas y no son estas las que constituyen el derecho.

Para evitar entonces esta variedad interpretativa se ha visto necesario que el derecho humano al agua se exprese de manera precisa en la Constitución, al parecer para “delimitar” su contenido y así comenzar su construcción legal y jurisprudencial. Por ello el país ha intentado en varias ocasiones su expresión escrita; a manera

⁶⁵ Gómez-Rey, A. e Ibáñez, A. La oposición tecnócrata sobre la inclusión del derecho humano al agua en la Constitución. Texto sin publicar, presentado ante la Editorial de la Universidad Externado de Colombia. 2018.

⁶⁶ Fueron sus palabras exactas “El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público.” Corte Constitucional (2011).

⁶⁷ Reza la crítica de Gómez y Rodríguez (2013, p. 47): “El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación, pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público”², lo cual no comparten del todo los autores, ya que una cosa es el derecho y otra la forma política o sistema normativo mediante el cual se satisface...”.

de ejemplo en el año 2007 la Defensoría del Pueblo propuso incluir el siguiente texto:

“Artículo 11-A. Todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a la cantidad de agua suficiente para satisfacer sus necesidades básicas en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Parágrafo. Nadie puede ser privado de la cantidad de agua necesaria para satisfacer sus necesidades básicas”.

Igualmente, el referendo constitucional aprobatorio por el derecho al agua (2008-2010 aproximadamente) planteó según Mira (2011, p. 65) este texto:

“El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito”⁶⁸.

Siendo el último intento, el Proyecto de Acto Legislativo 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”, que rezó en su última versión:

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

Cabe señalar, que si bien los textos son similares tienen factores diferenciales que modifican estructuralmente tanto el contenido como sus posibles consecuencias, entre las cuales están: la gratuidad, la obligación del Estado de protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico, el principio de progresividad; la obligación del Estado de suministrar agua a toda la población, la equidad de género, el mínimo vital gratuito y la función ecológica del agua.

Teniendo en cuenta que son varias las posibles visiones del derecho, la disputa por su contenido preciso no fue unánime entre sus negociadores (congreso, presidencia, academia, sociedad civil, ministerios, las entidades de las carteras de vivienda y ambiente, aquellas del sector de infraestructura, entre otros); por ello, en este punto se debe llamar la atención que, como el derecho ya hace parte de nuestro ordenamiento, tenemos algunos de sus presupuestos contenidos en la jurisprudencia constitucional pero existen aún muchas imprecisiones, cuestiones, problemáticas y preguntas que se pretendían resolver con su consagración textual o expresa.

Por ello, aunque cabe señalar, que este proyecto de ley, fue formulado a partir de las anteriores experiencias y así con los aportes de congresistas de diversos partidos, expertos, academia, y asesores del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Durante el proceso de formulación del presente acto legislativo se delimitó al territorio nacional para evitar confusiones derivadas de los conflictos ambientales transfronterizos asociados con cuerpos de agua que se encuentran en el territorio colombiano y de otros países.

Se incluyeron los elementos necesarios (accesibilidad, calidad y disponibilidad) para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua de acuerdo con la Observación General número 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Observación General tiene plena aplicación por cuanto se ha utilizado como criterio de interpretación por la Corte

Constitucional tal y como se expuso en la Sentencia T-312 de 2012: “El estudio del derecho fundamental al agua, debe hacerse a la luz de los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en conjunto con las garantías contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las interpretaciones y recomendaciones que de este realiza el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales”.

Así mismo, se incluyó el principio de progresividad para 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”.

Ahora bien, contar con el derecho de manera expresa en la Constitución aparte de ayudar en su alcance, contenido y precisión, si bien plantea retos para el Estado colombiano, traerá grandes avances como el cumplimiento de metas OCDE, objetivos de desarrollo sostenible y permitirá el acceso progresivo a agua en condiciones de calidad y disponibilidad a la población del país.

Así, la garantía del acceso al agua también tendrá como consecuencia que la población pueda enfocar sus esfuerzos en educación y otras variables que permitirán el crecimiento de la fuerza laboral, la tecnología y la invención al no destinar esfuerzos propios en la satisfacción de una necesidad básica como el agua.

Adicionalmente permitirá la ordenación coherente de los sectores, ambiente, vivienda, ciudad y territorio, infraestructura, minas y energía en torno a un tema común, vital para los pobladores de nuestro territorio nacional.

PROPOSICIÓN

De acuerdo con las consideraciones anteriores, se propone a la Comisión Primera del Senado de la República dar primer debate al 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*, con el mismo texto radicado por los autores.

Cordialmente,

Angélica Lozano Correa
Senadora de la República
Alianza Verde

CONTENIDO

Gaceta número 812 - Lunes, 2 de septiembre de 2019	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PONENCIAS	
	Págs.
Informe de ponencia para primer debate y texto propuesto al 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
Informe de ponencia para primer debate al 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.	9

⁶⁸ Comité Nacional en Defensa del Agua y de la Vida.